

Universidade de Lisboa

Faculdade de direito



A Cláusula De Cross Default:
Da Admissibilidade Ao Controlo Societário

Diogo Cruz Simões

Dissertação de Mestrado em Direito – Jurídico-empresariais,
sob orientação do Prof. Doutor A. Barreto Menezes Cordeiro

Lisboa
2016

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
RESUMO.....	4
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	6
PARTE I - A CLÁUSULA DE CROSS DEFAULT	8
CAPITULO I - NOTA HISTÓRICO-COMPARATIVA DOS ORDENAMENTOS ANGLO-AMERICANOS.....	8
CAPÍTULO II - A CLÁUSULA DE CROSS DEFAULT EM GERAL	13
2.1. Noções introdutórias	13
2.2. Cláusula base	14
2.3. Objetivos e vantagens.....	15
2.4. Variações da <i>cross default</i>	17
2.4.1. <i>Payment cross default</i>	18
2.4.1.1. Limites (<i>thresholds</i>)	19
2.4.2. <i>Covenant cross default</i>	21
2.4.2.1. Qualquer incumprimento.....	21
2.4.2.2. Incumprimentos que permitem o vencimento antecipado de outro contrato	22
2.4.2.3. <i>Cross acceleration</i>	23
2.4.3. Outras variações	23
2.4.3.1. Aumento do alcance da cláusula.....	23
2.4.3.2. Utilização de medidas de conservação da garantia patrimonial ou medidas de execução	24
2.5. Efeitos da <i>cross default</i>	25
2.6. O problema de acionar a cláusula	25
CAPÍTULO III - SISTEMA DE GARANTIAS EM PORTUGAL	27
3.1. Garantias das obrigações.....	27
3.2. Garantias especiais atípicas.....	29
3.2.1. Cláusulas de garantia e segurança	32
CAPÍTULO IV - ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA DE CROSS DEFAULT NO ORDENAMENTO JURIDICO PORTUGUÊS.....	34
4.1. Cláusula de exigibilidade antecipada	34
4.1.1. Estipulação convencional da perda do benefício do prazo	36
4.1.2. Caráter pessoal da perda do benefício do prazo.....	39
4.1.3. O <i>interusurium</i>	40

4.2.	Cláusula resolutiva expressa	42
4.3.	Cláusulas contratuais gerais.....	45
4.3.1.	Sistema de proibições.....	49
4.4.	Jurisprudência portuguesa.....	51
4.5.	Cláusula de <i>waiver</i>	53
Parte II.....		55
CAPÍTULO V - O CONTROLO SOCIETÁRIO PELO CREDOR.....		55
5.1.	O problema	55
5.2.	O controlo do credor através dos <i>covenants</i>	57
5.2.1.	Tipos de <i>covenants</i> mais comuns	60
5.3.	Licitude dos <i>covenants</i>	61
5.4.	Antecedentes da responsabilidade do credor.....	62
5.5.	Teorias da imputação de responsabilidade ao credor controlador	65
5.5.1.	Teoria da relação de agência.....	65
5.5.2.	Teoria dos grupos de facto e da instrumentalidade.....	66
5.5.2.1.	Grupos de Facto	66
5.5.2.2.	Teoria da instrumentalidade.....	67
5.5.3.	Teoria do administrador de facto.....	70
5.5.4.	Teoria das relações fiduciárias	72
5.5.5.	Teoria dos negócios usurários.....	78
5.5.6.	Teoria da primazia do contrato e da boa-fé	81
5.5.7.	Posição adotada.....	82
CONCLUSÃO.....		86
BIBLIOGRAFIA		89
JURISPRUDÊNCIA.....		99

RESUMO

A presente dissertação tem como fim analisar a licitude das cláusulas de *cross default* à luz do ordenamento jurídico português e, na parte II, qualificar o credor beneficiário de covenants como controlador, estudando as várias teorias que surgiram para tutelar esta situação e contribuindo com a nossa opinião para dirimir a questão caso esta se levante no nosso ordenamento jurídico. Com esse propósito, iniciou-se o estudo da cláusula de forma geral, olhando para o seu surgimento e para o desenvolvimento que foi tendo ao longo dos anos nos ordenamentos jurídicos da família de *common law*.

Posto isto, a nossa cruzada seguiu para uma análise breve sobre o sistema de garantias existente no nosso ordenamento jurídico como forma de poder determinar o enquadramento sistemático da cláusula em apreço. Esta possibilitou uma investigação profunda que abordou a questão da licitude da cláusula aos olhos dos nossos padrões legais. Tendo-se determinado a licitude desta, constatamos que muitas vezes os credores não quererão utilizar os direitos que a cláusula lhes atribui, mas sim renegociar o contrato de forma a adquirirem formas de ingerência na sociedade devedora, garantindo a sua influência na política societária desta de forma a garantir os seus interesses.

Assim, qualificámos o credor como controlador e direccionámos a nossa investigação para as formas de tutelar a sua influência na sociedade devedora. Com este objetivo, descrevemos as várias teorias que foram surgindo na doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras e dissertámos sobre a solução que, a nosso ver, melhor se adequa a este problema. Com efeito, recorreremos à boa-fé prevista no artigo 762.º, nº 2 do Código Civil para reconhecer que o credor está adstrito a observar deveres de lealdade quando atua com base nos direitos atribuídos pelo contrato. Por outro lado, se da ingerência e influência encetada pelo credor resultarem danos para o devedor defendemos o ressarcimento deste por via do instituto da responsabilidade civil.

Por fim, defendemos a aplicação do regime dos negócios usuários sempre que em concreto se demonstre que o credor, explorando intencionalmente a inferioridade económica do devedor o leve a celebrar contratos com terceiro e que esses contratos contenham a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.

Palavras-chave: Cláusula de *Cross Default*; Direito Civil; Direito das Sociedades comerciais; *Covenants*; Negócios Usurários; Boa-fé.

ABSTRACT

This dissertation has the purpose to analyze the legality of the cross default clauses in the light of the Portuguese legal system. In Part II we will qualify the creditor who benefits from a covenant as controlling creditor by studying the various theories that have emerged to solve this issue and contributing with our opinion to resolve it. To fulfill this objective, we began the study of the clause in general by looking for its origin and development that has been taking over the years in the legal systems of common law family.

That said, we focus our attention on the Portuguese guarantees system as a way to be able to determine the systematic framework of the clause in question. This enabled a thorough investigation that addressed the legality of the clause in the eyes of our legal standards. Having determined the legality of it, we found that the lenders often will not want to use the rights given by the clause. Instead, they prefer to renegotiate the contract as a way to acquire the power to interference in the debtor company and to influence the corporate policy with the purpose of ensuring their interests.

Thus, we have qualified the lender as controller creditor and directed our research into finding ways of protecting the debtor company from the lender's influence. To this end, we describe the various theories that have arisen in the doctrine and in the jurisprudence, both national and international, and then we present the solution that, in our opinion, best suited to solve this problem. Indeed, we used the good faith provided in article 762 paragraph 2 of the Portuguese Civil Code to recognize that the lender is required to observe loyalty duties when acting on the basis of rights provided by the Contract. On the other hand, if the interference and influence used by the creditor provoke any damage to the debtor, we defend the reimbursement of it through the civil liability institute.

Finally, we defend the implementation of the usury framework when in concrete is shown that the lender is exploring intentionally the economic inferiority of the debtor to convince him to celebrate contracts with third parties and that these agreements contain the promise or granting excessive or unjustified benefits.

Keywords: Cross Default Clause; Civil Law; Corporate Law; Covenants; Usury; Good Faith.

INTRODUÇÃO

Os empréstimos internacionais foram desde sempre uma das formas favoritas de investimento internacional. Naturalmente, os credores destes tipos de empréstimos têm, com boa razão, interesse em salvaguardar os seus investimentos da forma mais eficiente possível.¹ Com esse propósito foram surgindo cláusulas de garantia e segurança que consistem numa das soluções encontradas perante a dificuldade existente em garantir os contratos por via de garantias reais devido ao seu elevado custo e aos conflitos inerentes aos contratos internacionais, como seja da lei aplicável ou da incerta interpretação jurisprudencial.²

Deste modo, na prática económico-financeira dos países de Direito anglo-americano desenvolveu-se a cláusula de *cross default* que foi posteriormente importada para a nossa prática económica, sendo hoje uma das cláusulas mais frequentes na prática bancária, daí que se fale em cláusula atípica, mas socialmente típica.³ Esta factualidade impõe que se faça uma análise crítica e aprofundada sobre a sua interpretação e, sobretudo, sobre a sua licitude à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Denominada muitas vezes de cláusula de incumprimento cruzado, a *cross default* permite ao credor antecipar ou resolver o contrato sempre que o mutuário se encontra em incumprimento ou em mora das suas dívidas financeiras.⁴ Assim, com o manto da autonomia privada sobre os ombros, o credor negocia a inclusão da cláusula no contrato como forma de evitar os custos inerentes às garantias reais, fortalecendo a sua posição face à garantia geral das obrigações.

Todavia, a ocorrência de um incumprimento por parte do devedor não leva, frequentemente, a que o credor acione a cláusula de *cross default*. Com efeito, este prefere entrar em conversações com o devedor com o intuito de conceder um *waiver*, que permitem não antecipar ou resolver o contrato, a troco de cedências por parte do devedor. Estas consubstanciam o que na prática internacional se designa por *covenants* e, por vezes, permitem ao credor deter um grande poder de influência junto do devedor e da sua

¹ Cfr. Martin Domke, *International Loans and the Conflict of Laws*, Londres, Sweet & Maxwell, 1937, pág.1.

² Cfr. Joana Pereira Dias, *Contributo para o Estudo dos Actuais paradigmas das Cláusulas de Garantia e/ou Segurança: a Pari Passu, a Negative Pledge e a Cross Default*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, volume IV, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 886.

³ Cfr. *Ibidem*, pág. 901 e ss.

⁴ Cfr. Bruno Ferreira, *Contratos de crédito bancários e exigibilidade antecipada*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 222.

estrutura societária. Estes mecanismos funcionam como uma forma de as partes dirimirem o problema originado pelo incumprimento, reorganizando os seus interesses e as formas de como estas, sobretudo o credor, os podem proteger. Não obstante ser, como se verá, uma negociação vantajosa para ambas as partes, podem ocorrer situações em que o credor abuse dos direitos que adquiriu via inclusão dos *covenants* no contrato. Sendo, desta forma, imperativo que se trate de encontrar mecanismos legais de tutela e de responsabilização do credor.

Em suma, a presente dissertação tratará, como decorre do seu título, de enquadrar juridicamente as cláusulas de *cross default*, bem como dos *covenants* e dos mecanismos de tutela do, denominado, credor controlador.

PARTE I A CLÁUSULA DE CROSS DEFAULT

CAPITULO I NOTA HISTÓRICO-COMPARATIVA DOS ORDENAMENTOS ANGLO-AMERICANOS

Um devedor economicamente ativo tem, por norma, vários débitos, sendo que os irá cumprir à medida que se vão vencendo, podendo, no entanto, para isso recorrer a novas operações de crédito (*roll over*). Nesta proliferação de créditos não é estranho que ocorram incumprimentos pontuais, não acarretando, contudo, consequências graves. Com efeito, tais incumprimentos podem surgir de lapsos de contabilidade ou de desentendimentos com os fornecedores ou clientes sobre o âmbito e as condições dos débitos e, em última análise, da sua existência. Por norma, no mercado interno é possível distinguir entre incumprimentos pontuais derivados de questões singulares e incumprimentos mais sérios, originados pela incapacidade patrimonial do devedor. Neste caso, um incumprimento pontual pode ser o prenúncio de muitos outros, colocando em perigo a garantia geral. Deste modo, como veremos de seguida, os Direitos anglo-americanos tiveram um papel preponderante na solução deste problema, tendo este tido um impacto significativo nas relações económicas internacionais.⁵

O Direito da família de *common law* apresenta uma estrutura histórico-cultural diferente da dos Direitos continentais, havendo a necessidade de atender quer às soluções apresentadas pela *Common law* quer às apresentadas pela *Equity law*.⁶⁻⁷ Este dado ontológico reflete-se no sistema de garantias anglo-saxónicas que, para além de muito

⁵ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 276-277.

⁶ Para uma análise mais completa sobre a estrutura da família jurídica de *Common law* cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, Do Trust no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 65 e ss e 169 e ss; e Dário Moura Vicente, Direito comparado, volume I, reimpressão da 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 225 e ss.

⁷ A título de exemplo sobre a influência da *Equity* na *Common law* podemos observar que, no início, a Common Law só reconhecia garantias relativas a bens que, no momento da sua constituição, fossem detidos pelo devedor. Porém, a *Equity* facilitou a concessão de garantias sobre bens futuros, considerando o acordo a ela relativo como proporcionando automaticamente a garantia, assim que o devedor obtivesse a titularidade do bem em causa, independentemente de qualquer novo negócio. Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág. 74.

distintas das existentes nos sistemas continentais⁸, não conhecem o conceito de “garantia excessiva”, havendo uma total confiança na liberdade contratual.⁹

No Direito Inglês, a noção de garantia, tal como nos sistemas continentais, é funcional, visando garantir o cumprimento de uma obrigação. No entanto, é necessário ter em conta que o confronto base ocorre entre a *real* e a *personal security*, ou seja, a garantia real e pessoal respetivamente. A primeira reporta-se a um ativo (*asset*) do devedor ou de terceiro, ao passo que a segunda diz respeito a um compromisso que reforça a relação primária existente entre o credor e o devedor, tendo em vista o seu cumprimento.¹⁰ Por outro lado, é também necessário proceder a uma grande divisão entre garantias que pressupõem a posse da coisa e as garantias que não pressupõem essa posse.¹¹

O Direito norte-americano começou por acolher as “confusas categorias inglesas” que foram aperfeiçoadas com leis e práticas de cada estado. Contudo, essa diversificação legislativa apresentava evidentes danos para o comércio e para a segurança das transações.¹² Tal, criou a necessidade de uma harmonização legislativa que fez surgir o *Uniform Commercial Code*¹³⁻¹⁴, que contém, no artigo 9.º, um sistema harmonizado de garantias.¹⁵ Podemos também afirmar que, no sistema jurídico estado-unidense, qualquer negócio jurídico que vise desempenhar uma função de garantia está sujeito ao regime desse artigo 9.º.¹⁶

⁸ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág. 74.

⁹ Cfr. Luís Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 34; e Patrick Gorman, Lenders’ Liability in events of default, in Law and Financial Markets Review, Setembro de 2008, pág. 440.

¹⁰ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág. 74

¹¹ Cfr. Luís Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., pág. 34 e ss.

¹² Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág. 74

¹³ Sobre os estudos que estão na base do *Uniform Commercial Code*, cfr. Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, 2 vols, Boston, Little, Brown & Company, 1965.

¹⁴ O Uniform Commercial Code (UCC) dos Estados Unidos da América não consiste numa lei federal, mas numa lei estadual para os estados que adotaram este diploma. O texto e as suas sucessivas revisões são fruto do trabalho do American Law Institute e da National Conference of Commissioners on Uniform State Law. Os estados que decidiram introduzir o UCC nos seus ordenamentos fizeram-no com diversas alterações e nem sempre com a versão mais recente do mesmo. Assim se diga muitas vezes que, apesar da sua designação, este Código não unificou a lei comercial dos Estados Unidos, tendo apenas contribuído nesse sentido. Cfr. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, Reimpressão da 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, pág.36; e Patrick Gorman, ob. cit., pág. 442 e ss.

¹⁵ Quanto aos princípios que norteiam o referido artigo 9.º, cfr. Luís Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., pág. 39 e ss; e António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág. 76 e ss.

¹⁶ Cfr. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, ob. cit., pág.42.

No âmbito deste sistema, vem a ser abandonado o *numerus clausus* de garantias, que ainda é comum na maioria dos ordenamentos, pelo menos no que diz respeito às garantias reais. Por outro lado, o artigo 9.º institui um sistema flexível compatível com as necessidades do moderno financiamento empresarial¹⁷, podendo as partes modelar a garantias da forma que entenderem, não existindo uma regra de tipicidade.

Nos ordenamentos jurídicos anglo-americanos, para tratar do problema do cumprimento que abordámos no início do presente ponto, consagraram-se cláusulas de incumprimento, ditas *default clauses*. Nestas, previam-se diversas situações que podiam conduzir ao vencimento antecipado das obrigações, entre as quais a ocorrência de um certo incumprimento.¹⁸ Na prática anglo-americana as dívidas financeiras que acionam a *cross default* são frequentemente objeto de definições bastante extensas que incluem empréstimos, créditos ou quaisquer outros adiantamentos de fundos, montantes obtidos no âmbito de contratos de abertura de crédito ou linhas de crédito, montantes obtidos através de emissões de obrigações, obrigações convertíveis, papel comercial ou instrumentos de dívida ou valores mobiliários similares, locações financeiras, *factoring* e outras formas de cessão de créditos.¹⁹

A lógica era simples, sendo esse incumprimento o prenúncio de muitos outros que poderiam originar uma situação de insolvência, quanto mais cedo o credor desencadeasse os procedimentos executivos relativos a certos créditos, mais provável seria obter algum valor da garantia geral. No entanto, a maioria dos *events of default* não causa mais do que um pedido de esclarecimentos por parte do credor seguido por um período de negociações entre as partes, uma vez que não é do interesse de nenhuma das partes que o incumprimento seja declarado.²⁰ Estas cláusulas passaram a ser utilizadas com frequência no financiamento internacional, sendo que, nesse plano, os credores não dispõem da informação necessária para discernir quais os efeitos de um eventual incumprimento. Podendo este consistir numa falta pontual ou o primeiro sinal de dificuldades económicas do devedor que pode desencadear um futuro incumprimento generalizado.²¹

¹⁷ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pág. 40.

¹⁸ Cfr. Joachim Gruber, *Die Befugnis des Darlehensgebers zur Vertragsbeendigung bei internationalen Kreditverträgen*, 1997, LXXXIV + 354pp., 156-157 *apud* António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. X, ob. cit., pág. 277.

¹⁹ Cfr. Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 222.

²⁰ Cfr. Patrick Gorman, ob. cit., pág. 440. O autor defende que a melhor forma de o credor tutelar a sua posição e receber integralmente os seus créditos é através de um acordo com o devedor, afastando a litigiosidade inerente à declaração de incumprimento.

²¹ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. X, ob. cit., pág. 277.

As cláusulas em análise enraizaram-se na prática contratual, passando a constar da maioria dos formulários difundidos de forma estandardizada. Todavia, podemos questionar-nos sobre a razão de ser da proliferação deste tipo de estandardização contratual de origem americana. A resposta é simples. Durante o século passado, a influência americana, quer a nível económico quer financeiro, cresceu a um ritmo elevado, tornando-se a principal potência mundial, dela fazendo depender todas as restantes economias. Assim, o inglês tem-se assumido como a verdadeira língua franca de negócios. Esta posição de liderança levou a que, quer os Estados Unidos quer o Reino Unido, fossem desenvolvendo diversos mecanismos jurídicos de modo a responder às necessidades do comércio internacional, do qual estes países possuem uma posição determinante.²²

Deste modo, no que diz respeito, por exemplo, na prática bancária nacional podemos observar que é cada vez mais generalizada a utilização de estruturas contratuais inspiradas na prática jurídica proveniente dos ordenamentos de *common law*. Na verdade, a maior exaustividade de regulação contratual presente na prática destes ordenamentos tende a conferir um maior conforto aos contraentes na sua busca por proteção dos seus interesses, por considerarem que foi possível antever e regular todos os cenários que poderiam eventualmente ocorrer. Assim, no momento da importação dessa experiência para os ordenamentos de *civil law*, a sensação de que se falava poderá ser “tanto mais ilusória quanto menos testadas, em termos judiciais ou em termos de enquadramento dogmático, forem as soluções em causa”.²³

Todavia, não se pretende com isto afirmar que os direitos continentais não fornecem soluções jurídicas necessárias para fazer face aos problemas resultantes dos contratos internacionais, apenas se refere, com ênfase, o direito anglo-americano por ter sido o grande impulsionador da figura cuja análise temos em mãos.²⁴

²² Cfr. Manuel Pereira Barrocas, A estrutura contratual anglo-saxónica versus direito civil. Um caso típico da diferença, in Revista da ordem dos advogados, Ano 56, Lisboa, 1996, pág. 1118.

²³ Cfr. Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 209. O autor fala aqui de um fator de ordem psicológica para explicar esta busca por soluções de *common law*. Por outro lado, faz-se uma chamada de atenção para os perigos que se podem surgir quando se importa estes conceitos para os sistemas jurídicos continentais. Os quais consistem no facto de não existir frequentemente uma correspondência funcional de conceitos, cuja tradução parece, por vezes, evidente (cfr. Ibidem, pág. 215).

²⁴ Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, Negative Pledge: um estudo comparatístico, O Direito, Ano 142.º, III, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 497 e ss; Sérgio Coimbra Henriques, Cláusulas de Garantia e Segurança. Entre a autonomia da vontade e o dever de cumprir, Revista de Direito das Sociedades, Ano VI, Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 655 e ss.

Com efeito, as cláusulas de garantia e segurança, designadamente a cláusula de *cross default*, tem, desde à muito tempo, feito parte das características da documentação sobre os contratos de empréstimo e de obrigações internacionais. Por força da sua inclusão no primeiro ISDA Master Agreement²⁵ de 1987 e posteriormente na versão de 1992, essas cláusulas fazem agora parte dos contratos *standard* de OTC e de derivados.²⁶ Por outro lado, também no financiamento internacional a *Loan Market Association* (LMA) tem influenciado o mercado com os seus modelos de documentação, a partir dos quais as partes negociam o programa contratual. Em concreto, a LMA faz referência e densifica as cláusulas de *cross default* no seu *Loan Documentation for Investment Grade Borrowers*.²⁷

Deste modo, a cláusula de *cross default* é uma realidade nos nossos dias, porém, ao longo dos anos recentes, tem ganho uma importância cada vez maior no mercado interno, assistindo-se à proliferação destas nos contratos entre nacionais do mesmo Estado.²⁸

²⁵ O ISDA Master Agreement é um contrato-tipo padrão concebido pela International Swaps and Derivatives Association que é utilizado na maioria dos contratos que envolvem derivados. Esta padronização contratual é particularmente vantajosa se tivermos em conta a redução dos custos de elaboração dos contratos e do risco de crédito, bem como leva ao aperfeiçoamento do seu conteúdo jurídico. A generalização desta nova realidade contratual pode ser interpretada como uma exigência do próprio comércio jurídico, na medida em que não existe legislação que regule, de forma subsidiária, estas relações. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, Reimpressão da 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 910 e ss; A. Barreto Menezes Cordeiro, *Negative Pledge: um estudo comparatístico*, O Direito, Ano 142.º, III, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 503 e ss; Agasha Mugasha, *The Law of Multi-Bank Finance, Syndicated Loans and the Secondary Loan Market*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pág. 387 e ss.

²⁶ Cfr. Ebo Coleman, *Cross-default confusion*, *International Financial Law Review*, April 1997, pág. 49.

²⁷ Cfr. *The ACT Borrower's Guide to LMA Loan Documentation for Investment Grade Borrowers*, disponível em: https://www.treasurers.org/ACTmedia/KSM14_ACT.PDF.

²⁸ Paul Sebastianutti, *What is this thing called international financial law?* Part 4, in *Law and Financial Markets Review*, Julho 2009, pág. 367, notas 33 e 34.

CAPÍTULO II

A CLÁUSULA DE *CROSS DEFAULT* EM GERAL

Nas últimas páginas falámos de aspetos históricos sobre a cláusula de *cross default*. No presente capítulo, vamos tratar de descrever a cláusula, analisando a forma como esta é usada na prática jurídica internacional para que num capítulo posterior possamos falar da ordem jurídica nacional e de que forma esta se mostra compatível com uma cláusula contratual “estranha” aos seus habituais esquemas de garantias.

Nascida, como vimos, no seio dos ordenamentos jurídicos de Direito anglo-americano, o facto de conter conceitos jurídicos destes ordenamentos e por ser redigida de uma forma bastante ambígua, a cláusula de *cross default* possui, assim, inúmeras dificuldades de interpretação, sobretudo para os juristas de *civil law*.²⁹

2.1. Noções introdutórias

A cláusula de *cross default* é uma estipulação contratual que faz parte dos *events of default* ³⁰⁻³¹⁻³². Na sua tradução literal, a cláusula de incumprimento cruzado determina que qualquer eventual incumprimento ou falta contratual praticada pelo devedor se repercute, não apenas sobre o credor em relação ao qual essa falta se verificou, mas também se irá repercutir em relações com outros credores, permitindo ao seu beneficiário

²⁹ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 908; Fernando Pessoa Jorge, ob. cit., pág. 137

³⁰ Um event of default, encontrado usualmente numa estipulação contratual com o mesmo título, corresponde a um elenco de factos ou circunstâncias específicas às quais as partes atribuem especial relevância, caracterizando-as como, potenciais ou reais, situações de perigo. Em princípio, estas, poderão atribuir ao seu beneficiário, o direito de resolução ou de pagamento antecipado, tendo como objetivo alertar o beneficiário de eventuais desvios ao programa contratual, atribuindo-lhe formas de tutelar os seus interesses. Na prática bancária nacional é frequente utilizar-se a expressão incumprimento para designar genericamente as situações de exigibilidade antecipada. Contudo, esta designação é feita em termos impróprios, uma vez que o único remédio contratual que é concedido ao mutuante é a possibilidade de interpelar o mutuário declarando exigível a totalidade ou parte da dívida, ainda que existam situações em que ao mutuante é concedido o direito alternativo de resolver o contrato. Cfr. Stephen R. Kruft, Cross-Default Provisions in Financing and Derivatives Transactions, Banking law Journal, vol. 113, Issue 3, 1996, pág. 216, nota 2; Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 967; Patrick Gorman, ob. cit., pág. 440; António Menezes Cordeiro, Direito Bancário, Reimpressão da 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 915 e ss; Philip R. Wood, Law and Practice of International Finance, International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, Vol. 3, 2ª Edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2007, pág. 99 e ss; Andrew McKnight, The Law of International Finance, Oxford, Oxford University Press, 2008, pág. 157 e ss; e Bruno Ferreira, ob. cit. pág. 218.

³¹ O conceito jurídico de *default* assume um âmbito bastante amplo, abarcando uma série de figuras ou institutos que, em geral, não configuram uma categoria correspondente na *civil law*, abrangendo situações de omissão, inobservância, incumprimento, mora, vícios e por vezes até culpa, cfr. Fernando Pessoa Jorge, ob. cit., pág. 171 e 172; e Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 220.

³² Sobre os events of default que integram usualmente os contratos vide Vinod k. Agarwal, Negotiation and Drafting Clauses in Loan Agreements: Events of Default, Document N° 15, UNITAR, 2001, pág. 5 e ss, disponível em: <https://www.unitar.org/pft/sites/unitar.org/pft/files/DocSeries15.pdf>.

antecipar ou resolver o contrato.³³ Este tipo de cláusulas aparece na maioria dos contratos de crédito e pode ter uma importância crucial num cenário de pré-insolvência ou como mecanismo de pressão sobre o devedor.

2.2. Cláusula base

A cláusula em apreço pode ter, como veremos, muitas variações, cabendo às partes, por meio da sua autonomia privada, redigirem uma cláusula que melhor se adegue aos seus interesses e às suas necessidades.³⁴ Podemos, então, dizer que se tratam de “cláusulas de alfaiate e não cláusulas de pronto a vestir”³⁵, fazendo a contraposição entre as que são negociadas e minuciosamente ajustadas pelas partes e as que são impostas por uma das partes cabendo à contraparte uma mera aceitação. Contudo, como iremos ver mais tarde, a distinção não pode ser assim tão linear, havendo cláusulas que, devido ao fraco poder negocial de uma das partes lhe são impostas.³⁶ Por outro lado, é importante que a *cross default* possa ser, ao mesmo tempo, cuidadosamente estruturada para servir cada situação e definida com precisão. Esta não tem valor se não for eficaz ou se o clausulado contiver ambiguidades que obstem à operabilidade da mesma.³⁷

A ideia de uma cláusula de *cross default* é simples. Se A e B celebrarem um contrato (contrato AB) e B incumprir um contrato com C (contrato BC), A pode usar esse incumprimento contra B no contrato AB. Como veremos, isto tem uma importante consequência: A tem o direito de causar o fim antecipado do contrato pelo facto de B ter incumprido o contrato BC.³⁸

A cláusula base de *cross default* é a seguinte:

³³ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 969; António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág. 277 e 278; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, ob. cit., pág. 649; M. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, Coimbra, Almedina, 2000, pág. 39; Fernando Pessoa Jorge, ob. cit., pág. 171; Luís Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., pág. 284; Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág. 669.

³⁴ Devemos considerar o texto contratual como um dos mais importantes aspetos para a interpretação de tais cláusulas. Com efeito, o seu texto é de fundamental importância para a configuração dos direitos e obrigações de cada uma das partes. Partindo deste, o intérprete avaliará, à luz do ordenamento jurídico aplicável, qual a real vontade dos contraentes e qual o verdadeiro sentido da cláusula. Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 908.

³⁵ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 890; Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 216.

³⁶ *Infra* 4.3.

³⁷ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 216, nota 3; e Agasha Mugasha, ob. cit., pág. 248 e 249. Esta autora evidencia a importância de uma redação cuidada e adequada às necessidades das partes. Para isso exemplifica problemas que podem surgir se tal redação não for tida em conta.

³⁸ Cfr. Ebo Coleman, Cross-default confusion, International Financial Law Review, April 1997, pág. 49.

“The agent may declare the loan to be immediately due and payable if any other borrowings of the borrower become due and payable prior to their scheduled maturity”.³⁹⁻⁴⁰

Deste modo, o devedor que incumprir as suas obrigações perante terceiros coloca o seu património, enquanto garantia geral, em perigo, sendo estendido ao contrato concluído com o mutuante os fundamentos de exigibilidade antecipada do crédito convencionado noutros contratos.⁴¹

Desta formulação, é fácil retirar a gravosa consequência que o acionamento de uma cláusula deste género pode acarretar. Este fenómeno é o que vários autores denominam de *“the knock-on or the domino effect”*⁴² ou seja, o acionamento desta cláusula pode provocar uma reação em cadeia, contaminando outros contratos.

2.3. Objetivos e vantagens

A utilização destas cláusulas tem dois grandes objetivos. O primeiro consiste em permitir ao mutuante participar nas negociações de reestruturação da dívida que possam ocorrer devido ao incumprimento do mutuário noutros contratos e assim proteger-se contra a eventualidade de ser colocado numa posição mais desvantajosa relativamente aos outros mutuantes do devedor.⁴³ Assim, a participação em tais negociações pode permitir ao mutuante partilhar os benefícios concedidos aos outros mutuantes por parte do mutuário durante o processo de reestruturação da sua dívida.⁴⁴ Por outro lado, também podemos dizer que quando o mutuário entrar em problemas financeiros existe a tendência compreensível de lidar em primeiro lugar com aqueles credores que consubstanciem maiores ameaças ao mutuário e diferir para outra altura as conversações com os credores que ainda não têm os seus créditos exigíveis e vencidos. A dificuldade consiste no facto

³⁹ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág.277.

⁴⁰ Esta é também apresentada, com pequenas alterações, por outros autores como a cláusula base, a qual será objeto de extensão tendo em conta as características do devedor. Cfr. Keith Clark e Andrew Taylor, Events of Default in Eurocurrency loan agreements, International Financial Law review, Setembro 1982, pág. 13; Ebo Coleman, ob. cit., pág. 49; Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 219; Lee C. Buchheit, Apocalypse tomorrow?, International financial law review, Março, 1992, pág.15; Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 970; Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, International Business Law Journal, Vol. 1997, Issue 5, 1997, pág. 592; e Philip R. Wood, ob. cit., pág. 103.

⁴¹ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 972.

⁴² Entre outros, vide Keith Clark e Andrew Taylor, ob. cit., pág. 13; Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 972; Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 592; Fernando Pessoa Jorge, ob.cit., pág. 176; Agasha Mugasha, ob. cit., pág. 249; e Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 223.

⁴³ Cfr. Philip R. Wood, ob. cit., pág. 103.

⁴⁴ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 217.

de que na altura em que estes créditos forem exigíveis e vencidos, já os outros credores poderão ter executado todo o património do devedor para satisfazer por inteiro os seus créditos.⁴⁵

Todos os credores estão preocupados com a possibilidade de o devedor celebrar outros contratos e, sobretudo, com o facto que o incumprimento destes origine negociações com os outros credores para resolver as suas diferenças e reestruturar a dívida. Para além disso, o maior medo do credor é que não o incluam na mesa das negociações em virtude dos seus créditos ainda não terem sido incumpridos. Na prática atual, a eventualidade de existirem negociações para reestruturar a dívida é muito mais provável do que uma resolução dos próprios contratos. A presença de uma cláusula de *cross default* eficaz permite ao credor insistir na participação em tais discussões ⁴⁶, conseguindo assim gerir o risco inerente a este tipo de contratos⁴⁷

A importância de tal participação é a seguinte: os credores das obrigações incumpridas, particularmente se forem credores institucionais sofisticados, vão logo exigir soluções para protegerem somente os seus interesses. Estas concessões deixam, usualmente, os seus beneficiários em vantagem, comparativamente com os outros credores, particularmente se todos os credores do mutuário envolvidos não possuem garantias. Por outro lado, maiores serão as exigências destes credores que têm o direito a exigir o cumprimento judicial, se acreditem que o património do devedor não será suficiente para satisfazer todos os créditos na venda executiva ou no processo de insolvência.⁴⁸

Deste modo, podemos afirmar que o grande objetivo da cláusula de *cross default* consiste em garantir o princípio da *par conditio creditorum*⁴⁹ ou seja, garantir a igualdade dos credores no acesso ao património do devedor.⁵⁰ Como nenhum credor quer ser

⁴⁵ Cfr. Lee C. Buchheit, How to negotiate cross-default clauses, International Financial Law Review, Agosto, 1993, pág. 27; e Andrew McKnight, ob. cit., pág. 158-159.

⁴⁶ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 217

⁴⁷ Cfr. Jan H. Dalhuisen, Dalhuisen on international commercial, financial and trade law, Oregon, Hart Publishing, 2000, pág.732.

⁴⁸ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 217

⁴⁹ Sobre o princípio da *par conditio creditorum* em geral cfr. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito de retenção, *par conditio creditorum*, justiça material, In: Cadernos de direito privado. - Braga, p. 5-17. - nº41 (Jan.-Mar. 2013), pág.7; Mário Júlio Almeida Costa, Direito das obrigações, Reimpressão da 12.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2014, pág.847 e ss; António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág.243 e ss.

⁵⁰ Cfr. Fernando Pessoa Jorge, ob. cit., pág. 175; Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 592.

ultrapassado no que diz respeito a preservar os seus direitos contra um mutuário em problemas, a cláusula de *cross default* está projetada para assegurar ao beneficiário que terá a faculdade de agir contra o mutuário ou contra o seu património, ao mesmo tempo que os demais credores.⁵¹ Nas palavras sugestivas de Lee Buchheit, “*In this race, the guys who finish in last may be nice, but they will also be poor*”.⁵²

Por outro lado, o efeito dominó investe os mutuantes numa posição de força, uma vez que ambas as partes sabem que o exercício de um direito de exigibilidade antecipada ou de um direito de resolução poderá ser o suficiente para “acender o rastilho de pólvora”. Este facto poderá ser bastante para atribuir aos demais credores, beneficiários de uma idêntica cláusula de *cross default*, um direito similar. Isto vai fazer com que um devedor razoável e sensato encete todos os esforços possíveis para evitar a “explosão do barril de pólvora, procurando satisfazer as exigências de um credor que tem o “fósforo aceso nas mãos”.⁵³

Assim, o objetivo do mutuante ou do credor na negociação de uma *cross default* é a de ter uma cláusula que seja acionada o mais rápido possível face à ocorrência de um incumprimento no âmbito de um outro contrato que seja significativo o suficiente para indicar uma séria deterioração da condição financeira do mutuário ou que esse incumprimento o coloque numa posição desvantajosa comparativamente aos outros credores do mutuário. Pelo contrário, o objetivo do mutuário será o de impedir a cláusula de *cross default*. Mas se esta for exigida deverá usar-se uma linguagem que permita ao mutuário o máximo de flexibilidade para negociar com os seus outros credores, pelo maior tempo possível e sem a interferência do mutuante.⁵⁴

Em suma, do ponto de vista do credor, há claramente uma razão justificável para se inserir uma cláusula de *cross default*. Todavia, do ponto de vista do devedor, esta parece atribuir ao credor uma faculdade significativa e talvez abusiva, dado que este detém o poder de decidir a vida ou a morte comercial do devedor.⁵⁵

2.4. Variações da *cross default*

⁵¹ Cfr. Lee C. Buchheit, How to negotiate cross-default clauses, op. cit., pág. 27; Agasha Mugasha, ob. cit., pág. 247.

⁵² Lee C. Buchheit, How to negotiate cross-default clauses, op. cit., pág. 27.

⁵³ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 979-980; e Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 599.

⁵⁴ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 219.

⁵⁵ Ebo Coleman, ob. cit., pág. 49.

Agora é tempo de analisar com maior detalhe os aspetos que a doutrina e a prática internacional costumam identificar na cláusula de *cross default*. Com esse fim, é necessário proceder a uma divisão de conteúdos. Por um lado iremos descrever as variações mais comuns, que consistem nos factos que acionam a cláusula. Por outro vamos discutir, num ponto posterior⁵⁶, os efeitos e os direitos que a *cross default* atribui ao beneficiário.

Muitas são as variações que a prática comercial foi desenvolvendo como forma de atenuar os efeitos nocivos da *cross default*, bem como adaptar a cláusula ao perfil do mutuário. De facto, muitos mutuários, sobretudo nos contratos internacionais de grande valor económico, conseguem negociar com os bancos. Por exemplo, tais devedores possuem *ratings* de triplo A que os possibilita impor ao mutuante as suas condições.

De entre as várias variantes existentes iremos tratar aquelas que a maioria dos autores considera como as mais utilizadas. Em primeiro lugar temos que fazer a separação entre dois grandes grupos de cláusulas que correspondem a duas categorias básicas, a *payment cross default* e a *covenant cross default*. A primeira diz respeito a incumprimentos da obrigação de pagar, ou seja, a cláusula é acionada quando o devedor não pague uma obrigação resultante de outro contrato. Já a segunda modalidade permite o acionamento da cláusula sempre que o devedor incumprir outra obrigação no âmbito de outro para lá do não pagamento.⁵⁷

Todavia, antes de iniciar o estudo sobre estas variações, cabe fazer uma chamada de atenção para o chamado *grace period* ou período de graça. Este consiste num período de tempo previsto no contrato (usualmente de trinta dias⁵⁸) que possibilita ao mutuário corrigir a situação que originou o incumprimento.⁵⁹ Por norma, o acionamento da cláusula de *cross default* pelo beneficiário está condicionado por este período. Ou seja, só após este ter decorrido e nada ter feito o mutuário para que cesse o incumprimento, é que o mutuante pode utilizar esta previsão contratual.

2.4.1. *Payment cross default*

⁵⁶ Cfr. *Infra* 2.5.

⁵⁷ Cfr. Joana Pereira Dias, *ob. cit.* pág. 977 e ss; Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos IV*, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 168.

⁵⁸ Cfr. Keith Clark e Andrew Taylor, *ob. Cit.*, pág. 12; Stephen R. Kruft, *ob. cit.*, pág. 221.

⁵⁹ Cfr. Joana Pereira Dias, *ob. cit.* pág. 981, nota, 257; Lee C. Buchheit, *Apocalypse tomorrow?*, *op. cit.*, pág.16.

É possível, mas pouco comum nos mútuos sem garantia, usar uma *cross default* que apenas será acionada quando ocorra uma falta de pagamento das obrigações quando estas se vencerem no âmbito do outro contrato.⁶⁰ Esta cláusula permite alertar o credor beneficiário de que o mútuo poderá não ser pago, correspondendo a um sinal de deterioração ou perda do património do devedor. O interesse desta formulação consiste no facto de o mutuante poder suspender a concessão de crédito ou não conceder todo o crédito acordado nas situações de abertura de crédito. Por outro lado, no caso de um empréstimo que já foi integralmente concedido, o objetivo é assegurar o tratamento igualitário de todos os credores.⁶¹

Todavia, usar apenas uma cláusula de *cross default* desta natureza não tem grande utilidade, uma vez que esta impede o mutuante de acionar a cláusula a não ser que o mutuário falhe realmente um pagamento. O mais provável é que este incumpra primeiro outras obrigações antes de incumprir a obrigação de pagar. Além disso, os credores desse outro contrato irão fazer de tudo para compelir o mutuário a cumprir as obrigações, não tendo em conta os interesses do mutuante. Deste modo, este não deve utilizar esta variação a não ser que tenham também a seu favor, por exemplo, uma cláusula de *negative pledge*⁶² ou outro tipo de garantia.⁶³

2.4.1.1.Limites (*thresholds*)

Dento da *Payment cross default*, uma das variações mais conhecida e uma das que é mais intensamente negociadas é a *cross default* com limite, algumas vezes chamada de “*threshold amount*”⁶⁴. Esta prevê que apenas ultrapassado certa quantia de dinheiro, no âmbito de incumprimentos contratuais noutros contratos, pode a *cross default* ser acionada⁶⁵. A prática tradicional que continua como a mais usada, mas que a decrescer em favor de outros tipos, é a do limite monetário.⁶⁶ Isto significa que o não pagamento accidental, por exemplo, ao leiteiro durante uma semana não pode levar ao acionamento

⁶⁰ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 234.

⁶¹ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 977 e ss.

⁶² Sobre a *negative pledge* cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Negative Pledge: um estudo comparatístico*, O Direito, Ano 142.º, III, Coimbra, Almedina, 2010.

⁶³ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 234.

⁶⁴ Cfr. Philip R. Wood, ob. cit., pág. 104. Também no *ISDA Master Agreement* é utilizada esta denominação.

⁶⁵ Cfr. Lee C. Buchheit, *How to negotiate cross-default clauses*, op. cit., pág. 28; Ebo Coleman, ob. cit., pág. 52.

⁶⁶ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 221; e Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 223.

da cláusula, a não ser que seja acompanhado por um número elevado de outros incumprimentos.⁶⁷

A quantia limite costuma ser uma decisão tomada pelos mutuantes, baseada essencialmente no juízo que fazem sobre qual o montante que levantaria dificuldades financeiras ao mutuário, dada a sua natureza e tamanho, limitando assim a sua capacidade para cumprir obrigações.⁶⁸

Estes limites podem ser estáticos ou variáveis. Os mutuários reagem aos limites estáticos de maneiras muito diferentes, de acordo com várias linhas de raciocínio. Por exemplo, um mutuário que tenha um *rating* de triplo A normalmente vai argumentar que mesmo que o valor dos seus incumprimentos seja alto isso não coloca em perigo o crédito do mutuante. Contudo, há certas empresas com *rating* elevado que aceitam limites baixos, convencidos que não vão incumprir quaisquer obrigações e que, por isso, não faz sentido estar a contestar o limite imposto pelos mutuantes.

Por outro lado, devido às deficiências inerentes aos limites estáticos, os contratos mais recentes contêm, frequentemente, limites que variam de acordo com a situação financeira do mutuário. Isto pode ser feito de várias formas, mas a maioria consiste em limites expressos em demonstrações financeiras da situação do mutuário, cuja variação é expectável.⁶⁹ Contudo, o aspeto negativo dos limites variáveis é o de que estas demonstrações que são preparadas de tempo a tempo, por norma trimestralmente, são feitas tendo por base as informações não auditadas prestadas pelo mutuário. Esta prestação de informação é feita em três a quatro trimestres por ano, mas muitas vezes comunicada muito depois do fecho de cada trimestre.

Todavia, os limites variáveis fazem sentido do ponto de vista do credor. Já os devedores não os favorecem. Sendo que ao longo da “vida” do contrato, o limite vai aumentando ou diminuindo tendo em conta o poder económico do devedor. Isto leva a

⁶⁷ Cfr. Keith Clark e Andrew Taylor, ob. Cit., pág. 13; Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 600; Lee C. Buchheit, Apocalypse tomorrow?, op. cit., pág.16.

⁶⁸ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág 221

⁶⁹ Cfr. Ibidem, pág 222. A origem destes limites não é clara. Estes apareceram em contratos de mútuo pelo menos desde o final da década de 1970. O autor encontrou-os, primeiramente, em contratos de financiamento de equipamento, onde eram frequentemente utilizados, não como limites para acionar a *cross default*, mas para acionar obrigações, tais como as de fiscalização da segurança nos aviões adquiridos por via de contrato de leasing. Estas cláusulas são muito eficazes e desejáveis neste papel, uma vez que providenciam uma apropriada proteção sem imporem despesas desnecessárias ao locatário.

que muitas sociedades se sintam mais seguras com limites altos e estáticos, mas que lhes deem margem de manobra.⁷⁰

2.4.2. *Covenant cross default*

Esta variação permite ao credor beneficiário acionar a cláusula, independentemente do cumprimento da obrigação relativa ao pagamento do empréstimo, no caso de o mutuário incumprir qualquer outra cláusula contratual de um contrato celebrado com terceiro. Na prática o que está em causa é a possibilidade de o credor proteger-se contra eventuais ocorrências de *events of default* para lá do não cumprimento.

Neste grupo de situações cabem as que provocam o acionamento da cláusula devido ao tipo de incumprimento ou ao efeito que o incumprimento de outros contratos provoca nos próprios, tendo relevância para o contrato munido de uma *cross default*. Em concreto vamos falar da cláusula de *cross default* que é acionada por qualquer incumprimento, dos incumprimentos que permitem o vencimento antecipado de outro contrato e da *cross acceleration*.

2.4.2.1. Qualquer incumprimento

Esta variação consiste na forma mais rígida de *cross default*, a qual é acionada através de qualquer incumprimento ou evento similar no âmbito das obrigações previstas e no montante previsto, mesmo no caso desse incumprimento, por si só, não permitir a antecipação das obrigações no âmbito do outro contrato.

Existem argumentos razoáveis contra a utilização deste tipo de cláusula no financiamento mais comum. Os mais utilizados costumam ser o de ser possível acionar a *cross default* pelo mais pequeno incumprimento, como falta accidental do mutuário de comunicar a informação financeira no momento exigido pelo outro contrato, o que não se mostra razoável dado os efeitos nocivos da *cross default*. Contrariamente, o mutuante irá afirmar que a cláusula com esta redação é apropriada porque o mais pequeno incumprimento pode ser usado pelo outro mutuante para ameaçar o mutuário com uma eventual antecipação das suas obrigações e ganhar uma vantagem injusta. Todavia, pode-se argumentar que devido ao dever de boa-fé e de “*fair dealing*” que está inerente à relação de crédito, nenhum tribunal iria aprovar tal antecipação e, por outro lado, nenhum

⁷⁰ Ibidem, pág. 223.

mutuante, tendo em conta os *punitive damages*⁷¹, a iria acionar.⁷² No entanto, a nosso ver e como demonstraremos mais tarde, existem restrições aos factos que podem acionar a *cross default*, pelo que este tipo de cláusula não deve ser incluído sem mais nos contratos, a não ser que existe uma justificação razoável para a sua inclusão.

2.4.2.2. Incumprimentos que permitem o vencimento antecipado de outro contrato

Esta variação de *cross default* é conhecida como “*capable of*”. Consiste numa formulação muito utilizada, permitindo o acionamento da cláusula apenas quando os outros credores, no âmbito dos seus contratos, tenham a faculdade de antecipar ou resolver o contrato. Mesmo que nesse outro contrato os credores decidirem não relevar o incumprimento ou mesmo que estes tenham dado um waiver⁷³, o credor beneficiário da *cross default* pode utilizá-la, mesmo quando o incumprimento tenha sido sanado durante o *grace period*. A fundamentação invocada para esta situação é a do tratamento igualitário dos credores. Por outro lado, se atentarmos na posição dos mutuantes, o interesse numa formulação deste tipo é muito forte, visa-se, acima de tudo, evitar que o mutuário, ainda que à beira de uma situação de insolvência, esgote os fundos ainda disponíveis no cumprimento de obrigações já vencidas ou que se vencerão entretanto. Deste modo, inviabiliza a atuação dos outros mutuantes no sentido da adoção de medidas provisórias que lhes permitam recuperar a maior parte possível do empréstimo concedido, antes do devedor deixar de dispor de meios para efetuar os seus pagamentos.⁷⁴

Por outro lado, é importante ressaltar que, sem a utilização de uma cláusula deste género, a pressão psicológica que o mutuante pode exercer sobre o mutuário, no sentido de o pressionar a adotar medidas de consolidação, não seria a mesma. O enfraquecimento

⁷¹ Segundo Paula Meira Lourenço os *punitive damages* tratam-se de uma figura do sistema anglo-saxónico que permite atribuir ao lesado um montante indemnizatório mais elevado do que nos países de raiz romano-germânica. Esta proibição ocorre porque se exceder o dano podemos estar a falar de enriquecimento do lesado. Todavia, esta é uma noção redutora de *punitive damages*. Contudo, a autora afirma que a jurisprudência portuguesa já reconheceu expressamente a função punitiva da responsabilidade civil ou, se preferirmos, a existência de uma indemnização sancionatória ou punitiva, sendo de destacar, diversos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que esta menciona. Cfr. Paula Meira Lourenço, A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação, pág. 1 e ss e 28 e ss, disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf; e Paula Meira Lourenço, A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, Coimbra, Almedina, 2006.

⁷² Cfr. Stephen R. Krufft, ob. cit., pág. 233.

⁷³ O *waiver* é uma cláusula pela qual o credor pode relevar o *event of default* que já ocorreu ou que irá muito provavelmente ocorrer. Ou seja, trata-se na prática de uma forma que o mutuante tem de renunciar o direito de exigir o cumprimento antecipado ou a resolução do contrato. Cfr. infra 4.5.

⁷⁴ Cfr. Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 594-596; Stephen R. Krufft, ob. cit., pág. 235.

deste poder de persuasão do mutuante com a ameaça da suspensão ou cancelamento do empréstimo em curso iria, com certeza, minimizar a sua função de mecanismo de pressão económica.⁷⁵

2.4.2.3. Cross acceleration

Esta variante apenas possibilita a antecipação ou a resolução do contrato do credor beneficiário da *cross default* se um dos outros credores do mutuário decidir antecipar ou resolver o contrato. A mera existência de um incumprimento num outro contrato não é suficiente para acionar a cláusula de *cross default*.⁷⁶ A grande diferença entre esta cláusula e a anterior reside no facto de esta apenas permitir o acionamento da *cross default* quando realmente o outro contrato for antecipado ou resolvido, ao passo que na cláusula anterior basta que o outro credor tenha o direito de exigir o cumprimento antecipado ou o direito de resolução para que se possa acionar a *cross default*.⁷⁷

Por vezes a *cross-acceleration* é combinada com uma *payment cross default*, de modo a que se o mutuário realmente não cumprir a obrigação de pagar ou se forem antecipadas quaisquer outras obrigações, o beneficiário pode acionar a *cross default*.⁷⁸ Esta foi uma forma de tentar suprir as desvantagens da *payment cross default*. Todavia, as *cross-accelerations* não têm grande valor para os bancos uma vez que não permitem ao mutuante participar nas negociações de reestruturação da dívida, mesmo que os outros mutuantes tenham o direito de antecipar as suas obrigações. Por outro lado, esta também será desvantajosa uma vez que o mutuário irá, usualmente, declarar insolvência antes ou imediatamente depois de uma antecipação de um contrato com um valor considerável. As *cross-accelerations* são normalmente rejeitadas pelos mutuantes, contudo por vezes estes são obrigados a integrá-las nos contratos devido à pressão de mutuários alto *rating* ou devido a uma descuidada redação do contrato.⁷⁹

2.4.3. Outras variações

2.4.3.1. Aumento do alcance da cláusula

⁷⁵ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 982.

⁷⁶ Cfr. Philip R. Wood, ob. cit., pág. 104; e Lee C. Buchheit, *Apocalypse tomorrow?*, op. cit., pág. 15.

⁷⁷ Cfr. Ebo Coleman, ob. cit., pág. 50; Lee C. Buchheit, *How to negotiate cross-default clauses*, op. cit., pág. 27.

⁷⁸ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 237.

⁷⁹ Cfr. Idem.

Muito frequentemente os mutuantes redigem as cláusulas de *cross default* de modo a tornar os incumprimentos contratuais dos garantes e das sociedades detidas pelo mutuário como elegíveis para acionar a cláusula.⁸⁰

Os mutuantes insistem na inclusão de uma cláusula de *cross default* que abarque as subsidiárias e filiais do mutuário e outras sociedades por ele detidas. Assim, sempre que a solidez financeira do mutuário possa ser afetada pelos reflexos da atividade de uma filial faltosa do devedor, o credor não ficará inibido de atuar. Além disto, inclui-se igualmente os fiadores do mutuário, o que acaba por ser profundamente gravoso já que um incumprimento do garante, mesmo que sem qualquer relação direta com o contrato de mútuo em apreço, será suscetível de acionar a cláusula, mesmo que o devedor não tenha qualquer dificuldade financeira.⁸¹

Alguns contratos internacionais utilizam a expressão “*restricted subsidiary*”, que consiste numa subsidiária do mutuário cujos ativos e passivos foram tidos em conta na avaliação de crédito e incluídos no âmbito do acordo, de modo a que os incumprimentos cometidos pela subsidiária afetem o crédito combinado e sejam tratados como incumprimentos da controladora. Por outro lado, os contratos contêm, usualmente, uma lista das subsidiárias que estão incluídas.⁸²

2.4.3.2.Utilização de medidas de conservação da garantia patrimonial ou medidas de execução

Por último, a cláusula de *cross default* pode também ser acionada, se assim for contratualmente previsto, se um dos outros credores do mutuário utilizar um meio de conservação da garantia patrimonial ou de uma medida de execução do património deste.⁸³ Todavia, o acionamento só pode ter por base as medidas referidas se estas forem suscetíveis de afetar a solvabilidade do património do devedor, excetuando-se as medidas de execução e os meios de conservação adotados pelos credores prestadores de bens e serviços essenciais ao desenvolvimento da atividade do mutuário.⁸⁴ Podendo tratar-se de créditos de montantes consideráveis, o alargamento do âmbito da cláusula é de uma

⁸⁰ Cfr. Keith Clark e Andrew Taylor, ob. Cit., pág. 13; e Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 223.

⁸¹ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 980; e Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 593-594

⁸² Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág 219, nota 7.

⁸³ Cfr. Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 594.

⁸⁴ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 981, nota 254.

enorme importância para o beneficiário sobretudo se tivermos em conta os apertados pressupostos e a morosidade inerente aos meios de conservação da garantia patrimonial.⁸⁵

2.5. Efeitos da *cross default*

Após termos visto quais os factos que fazem desencadear a operabilidade da cláusula de *cross default*, cumpre agora fazer referência aos efeitos que lhe são atribuídos na prática jurídica internacional.

As partes são livres de incluírem o que quiserem nos seus contratos sob égide da autonomia privada. Assim, para determinar qual o efeito que certa cláusula contratual tem devemos, em primeiro lugar, olhar para ela.

No entanto, a prática jurídica tem-nos mostrado que são usualmente atribuídos ao beneficiário da cláusula o direito de provocar o vencimento antecipado da obrigação, bem como o direito de resolver o contrato.⁸⁶ Mais tarde iremos analisar se tal é possível à luz da ordem jurídica nacional.

2.6. O problema de acionar a cláusula

A operabilidade da *cross default* depende de um fator muito importante: a sua invocação. Para que esta ocorra é necessário que o credor beneficiário da cláusula tenha conhecimento de um incumprimento proibido pelo contrato por parte do devedor. Deste modo, caso o mutuário não esteja na posse de toda a informação não pode usar a cláusula, prendendo esta toda a sua utilidade.⁸⁷

Deste modo, o problema coloca-se no acesso à informação sendo que a sua solução pode ter duas vertentes. Ou a informação é adquirida através do sistema financeiro, com base nas informações trocadas com outras instituições, ou através do devedor. Assim, tendo em conta que a informação trocada com outras instituições bancárias pode não ser completa por força das regras do segredo bancário, o mutuante pode ver-se limitado a perguntar ao devedor se violou alguma das suas obrigações no âmbito de outros contratos. O que desde logo levanta algumas questões sobre a veracidade da informação prestada

⁸⁵ Cfr. Ibidem, pág. 981. A autora apresenta como exemplo os artigos 605.º a 622.º do Código Civil.

⁸⁶ Cfr. Keith Clark e Andrew Taylor, ob. Cit., pág. 13; Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 591 e ss; Stephen R. Kruf, ob. cit., pág. 216 e ss; Lee C. Buchheit, Apocalypse tomorrow?, op. cit., pág. 15 e ss; Ebo Coleman, ob. cit., pág. 49 e ss; Lee C. Buchheit, How to negotiate cross-default clauses, op. cit., pág. 27 e ss; Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 966.

⁸⁷ Cfr. Keith Clark e Andrew Taylor, ob. Cit., pág. 13.

por este, devendo ser de concluir que, provavelmente, o banco não obtém uma resposta cristalina e sincera.

Todavia, se de um lado podemos questionar a dificuldade de superar a necessidade de o mutuante ter conhecimento de todos os contratos celebrados pelo mutuário, a verdade é que, por outro lado, os atuais sistemas jurídicos contêm mecanismos de partilha de informação com vista a mitigar as regras sobre o segredo bancário.⁸⁸⁻⁸⁹⁻⁹⁰ Além disso, como refere Joana Pereira Dias, sempre que o devedor aceite a inserção de uma cláusula de *cross default*, estará, ao mesmo tempo, a aceitar uma troca de informação entre as instituições de crédito, “que vá para além daquele que já resulta do sistema de informações recíprocas organizado entre instituições de crédito com o fim de garantir a segurança das operações e, também, das informações que se integrem no âmbito do serviço da centralização de riscos de crédito, mas limitado às informações relativas aos contratos de empréstimo firmados entre o devedor e outras instituições de crédito, na medida exclusivamente necessária à atribuição de conteúdo útil à *cross default*.”⁹¹ Deste modo, o problema do acesso à informação pode ser atenuado e, de certa forma, superado.

⁸⁸ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 987.

⁸⁹ Sobre a confidencialidade bancária a nível comparado cfr. António Menezes Cordeiro, Direito Bancário, Ob. cit., pág.354 e ss; e Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 596 e ss.

⁹⁰ No Direito português apesar de o sigilo bancário ser legalmente reconhecido, tem sido verificada uma tendência de enfraquecimento. Com efeito, esta maior abertura do segredo bancário resulta em grande medida de compromissos assumidos pelo Estado português a nível internacional, que exigiram uma maior cooperação entre os bancos e os órgãos do estado por razões de natureza policial e fiscal. No entanto, o artigo 79.º, nº2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), positivado pelo dec. lei 298/92 de 31 de dezembro, prevê um elenco taxativo das hipóteses em que se pode quebrar o sigilo bancário. Fora desses casos, diz o nº1, que apenas com a autorização do cliente é que pode ser revelados os factos constantes da relação jurídica entre cliente e banqueiro. (Cfr. António Menezes Cordeiro, Direito Bancário, Ob. cit., pág.361 e ss.) Todavia, existe, sobre a égide do artigo 83.º do RGICSF, um sistema de informações recíprocas organizadas entre instituições de crédito com vista a garantir a segurança das operações bancárias, contribuindo para uma adequada gestão do risco. (Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 987-988)

⁹¹ Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 988-989. Como refere autora, a conduta do devedor em opor-se a esta faculdade não será de “admitir, pois representaria um *venire contra factum proprium*, isto é, o devedor estaria a actuar de modo a criar no credor/mutuante a convicção legítima da operacionalidade da *cross default*, teria actuado de molde a despertar no mutuante/na instituição de crédito a convicção de que lhe teria conferido o direito de solicitar determinadas informações, vindo depois a proceder contrariamente a essa expectativa.”

CAPÍTULO III

SISTEMA DE GARANTIAS EM PORTUGAL

Antes de se tratar da questão da admissibilidade da cláusula de *cross default*, impõe-se analisar a função que esta representa no ordenamento jurídico nacional. Ou seja, trata-se, agora, de caracterizar as cláusulas de *cross default* como cláusulas de garantia e segurança, enquadrando-as no contexto das garantias das obrigações.

As garantias surgem sempre associadas à concessão de crédito, seja quando se trate de um comerciante que vendeu com entrega imediata e espera o preço, seja de quem emprestou uma certa quantia pecuniária durante um determinado período de tempo. Em qualquer dos casos, a garantia constitui um instrumento de tutela do direito do credor à realização da prestação.⁹²

3.1. Garantias das obrigações

O desenvolvimento das garantias deve-se essencialmente ao fator incerteza e insegurança patente nas relações socioeconómicas. Porém, também o Direito é causador de incertezas e inseguranças. Todos estes fatores podem ser reconduzidos a uma ideia de risco. Deste modo, podemos dizer que “o risco surge no termo de uma cadeia causal em que os fatores tempo e incerteza fragilizam um concreto escopo económico, prosseguido pelo agente. Quanto ao tempo, é sabido que apenas no imediato se torna possível antever o que se segue: e nem sempre. A incapacidade humana de prever, para além disso, provoca as incertezas básicas da vida económica.”⁹³

Numa relação contratual, o credor irá ter em conta o risco, manifestando desconfiança perante a sua contraparte na relação. Deste modo, no momento da celebração do contrato, o credor “configura o risco expectável: tanto maior quanto mais dilatado for o prazo para o cumprimento e quanto mais amplo for o esforço requerido ao devedor.”⁹⁴ Para lidar com este problema, o credor poderá recorrer às garantias das obrigações, como forma de controlar ou minimizar o risco nas obrigações, garantindo o cumprimento destas por parte do devedor.

⁹² Cfr. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias* ob. cit., pág.53.

⁹³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. X, ob. cit., pág.29 e ss.

⁹⁴ *Ibidem*, cit. pág.33.

As garantias das obrigações surgiram em tempos longínquos, remontando ao direito romano.⁹⁵ Contudo não encontramos na lei uma definição do seu conceito. Porém, esta matéria é essencial ao Direito das obrigações, o que leva Menezes Leitão a dizer que o seu conceito está “implícito no próprio conceito de obrigação, definido no artigo 397.º [do Código Civil], como um vínculo jurídico”.⁹⁶ Assim, nas palavras sugestivas de Paulo Cunha, “mal se fala em juridicidade, mal se refere tratar-se dum vínculo jurídico, a noção de garantia surge necessariamente”.⁹⁷

Todavia, esta omissão legislativa explica-se pelo facto de o termo não constituir, na verdade, um conceito técnico-jurídico, mas uma expressão da prática jurídica, tendo o objetivo, já acima referido, de assegurar o cumprimento das obrigações por parte do devedor.⁹⁸

Em última análise, a ideia de garantia extravasa a enumeração dos meios para garantir o crédito (os meios ditos específicos) e que resultam de forma concreta e direta do próprio crédito, por efeito da lei. Assim, será também natural associar-lhe os mecanismos de proteção que visem assegurar o cumprimento de qualquer direito de crédito, mesmo que estes não resultem diretamente do regime legal.⁹⁹ Deste modo, mais do que conceptual, adota-se um conceito de garantia acima de tudo instrumental.¹⁰⁰

Usualmente, divide-se as garantias das obrigações em garantia geral e garantias especiais. A primeira consiste no património do devedor, abrangendo todos os bem suscetíveis de penhora (601.º CC).¹⁰¹ Por outro lado, as garantias especiais consistem num reforço do objetivo da primeira, ou seja, constituem uma forma de assegurar, de modo particular, a satisfação do crédito do titular da garantia.¹⁰² Estas, são, tradicionalmente,

⁹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre a evolução das garantias das obrigações cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. X, ob. cit., pág.49 e ss.

⁹⁶ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, pág.13.

⁹⁷ Paulo Cunha, *Da Garantia nas Obrigações*, Lições compiladas por Eudoro Pamplona Côrte-Real, Vol. I, Lisboa, polic., 1938-1939, pág.2.

⁹⁸ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, pág.14; Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.645.

⁹⁹ Com efeito, não se pode falar da existência de uma tipicidade ou um *numerus clausus* de garantias. Cfr. M. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., pág. 77, nota 294.

¹⁰⁰ Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.645.

¹⁰¹ Para mais desenvolvimentos sobre a garantia geral das obrigações cfr. Pedro Romano Martinez/ Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006, pág.13 e ss; António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág.227 e ss; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, ob. cit., pág.46 e ss; Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pág.53 e ss; M. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., pág. 5 e ss; Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.647 e ss; Paulo Cunha, *Da Garantia nas Obrigações*, Vol. I, ob. cit., pág.25 e ss.

¹⁰² Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.646.

divididas em garantias pessoais (que correspondem à vinculação de um terceiro como garante da obrigação, permitindo um alargamento quantitativo da massa de bens sobre a qual o credor poderá satisfazer o seu crédito) e garantias reais (que consiste na afetação de uma coisa do devedor ou de terceiro à garantia do credor, funcionando como uma preferência que lhe é concedida, aquando da satisfação pelo valor das coisas objeto da garantia).¹⁰³

No que diz respeito à eficácia das garantias especiais, as garantias pessoais e as garantias reais possuem diferenças consideráveis. Enquanto que a primeira se caracteriza por ter subjacente a vinculação de um terceiro ao cumprimento da obrigação, sendo estruturalmente relativa e resultante de um negócio obrigacional, a garantia real institui um direito real sobre uma coisa do devedor ou de terceiro que, tal como os demais direitos reais, se caracteriza por ter cariz absoluto, sendo oponível *erga omnes*.¹⁰⁴ Por outro lado, esta garantia atribui prevalência ao seu beneficiário na satisfação do seu crédito, resultando por isso, quando não é atribuída por lei, de um negócio jurídico de disposição.¹⁰⁵

A constituição de garantia, quer seja pessoal quer real, consubstancia um negócio causal, sendo a sua causa a prestação da garantia, usada, frequentemente, como forma de imputação do risco.¹⁰⁶

3.2. Garantias especiais atípicas

Apesar da categoria de garantias especiais consubstanciar-se numa grande diversidade, a verdade é que há certas garantias, reconhecidas pela doutrina, em que o credor possui um reforço da garantia geral, mas que não se reconduzem quer a garantias pessoais quer a reais.¹⁰⁷ Todavia, a doutrina não é unânime na denominação dada a este tipo de garantias.

¹⁰³ Para um estudo mais aprofundado sobre as garantias especiais cfr. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, ob. cit., pág.58 e ss; Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pág.85 e ss; Pedro Romano Martinez/ Pedro Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág.71 e ss; António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág.421 e ss; Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.650 e ss; Paulo Cunha, *Da Garantia nas Obrigações*, Lições compiladas por Eudoro Pamplona Côrte-Real, Vol. II, Lisboa, polic., 1938-1939, pág.2 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.646.

¹⁰⁵ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pág.14-15.

¹⁰⁶ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1992, pág. 537 e ss.

¹⁰⁷ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pág.279.

Paulo Cunha fala em garantias eventuais, dado que o efeito do credor se substituir ao regime do concurso com outros credores aparece como resultado de um instituto, cuja função fundamental não é a de atribuir, propriamente, uma garantia.¹⁰⁸

Pedro Romano Martinez/ Pedro Fuzeta da Ponte preferem falar em garantias aparentes, afirmando que estas garantias, ditas especiais, resultam da prática bancária e que têm uma eficácia meramente obrigacional, só produzindo efeitos entre o devedor e o credor, sendo ineficaz em relação aos demais credores. Os autores denominam-nas de aparentes uma vez que não acrescentam nada à garantia geral.¹⁰⁹

Já Menezes Leitão, Calvão da Silva e Sérgio Coimbra Henriques consideram que se trata de garantias especiais atípicas por se tratarem de formas de reforçar a posição dos credores, embora não se reconduzam a nenhuma das modalidades acima referidas.¹¹⁰

Sob a designação de paragarantias, Januário Costa Gomes entende que estas situações não constituem verdadeiras garantias no sentido do reforço quantitativo ou qualitativo apontado para as demais. Todavia, estas situações apresentam uma função de garantia, ainda que seja de forma imprecisa e nebulosa.¹¹¹

Por outro lado, para Miguel Pestana de Vasconcelos, estas figuras tratam-se de garantias em sentido amplo, dado que possuem características muito diversas entre si, conduzindo, em maior ou menor grau, a um reforço da posição do credor face aos credores comuns.¹¹²

Para Joana Pereira Dias, a cláusulas de garantia e segurança não se podem reconduzir a verdadeiras garantias. A autora afirma que se trata aqui de “dar uma roupagem jurídica a novas situações criadas pela prática negocial, aproveitando os institutos jurídicos tradicionais, dotados de características tipológicas e por isso expansíveis, que devem, no limite da sua capacidade, abarcar as manifestações da realidade com que apresentem pontos de contacto”. Reconhecendo-as como garantias preventivas, Joana Pereira Dias

¹⁰⁸ Cfr. Paulo Cunha, Da Garantia nas Obrigações, Vol. II, ob. cit., pág.375 e ss.

¹⁰⁹ Cfr. Pedro Romano Martinez/ Pedro Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág.57 e ss. Os autores consideram que tais garantias, na hipótese de concurso de credores, não podem ser opostas pelo credor supostamente privilegiado aos demais. Ou seja, as garantias aparentes são, segundo os autores, ineficazes em relação aos demais credores.

¹¹⁰ Cfr. Luís Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., pág.279; João Calvão da Silva, Direito Bancário, Coimbra, Almedina, 2001, pág.383 e ss; Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.652 e ss.

¹¹¹ Cfr. M. Januário da Costa Gomes, Contratos Comerciais, Reimpressão da edição de 2012, Coimbra, Almedina, 2013, pág.391 e ss.

¹¹² Cfr. . L. Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, ob. cit., pág. 627 e ss.

reconhece que estas cláusulas “reforçam a tutela preventiva geral que é conferida aos credores comuns ou quirográficos pela possibilidade de recurso aos meios de conservação da garantia patrimonial e ao disposto nos artigos 429.º e 780.º do CC, desde logo porque funcionam, apesar da sua eficácia *inter parte*, como importante meio de pressão para compelir ao seu cumprimento”, representando, assim, um “plus” face à garantia geral.¹¹³

Por fim e em nossa opinião, julgamos tratar-se de garantias especiais atípicas, aderindo, assim, à posição defendida por Menezes Leitão. Contudo, também não podemos ignorar a excelente fundamentação de Joana Pereira Dias, apesar de não concordarmos com a denominação dada a este tipo de garantias, é inegável que estas situações não foram, tradicionalmente, consagradas como garantias. Porém, não podemos deixar de reconhecer que representam uma forma reforçada da posição do credor, apresentando uma especialidade face à garantia geral, embora não gozem da mesma frequência de utilização que as garantias especiais. Todavia, não concordamos com os autores que atribuem a estas garantias um papel muito pouco relevante, nomeadamente, Pedro Romano Martinez/ Pedro Fuzeta da Ponte. Apesar de reconhecermos a eficácia meramente obrigacional de tais garantias, isso não impede o facto de o credor ver a sua posição reforçada, máxime, na pressão e controlo que pode exercer sobre o devedor se no contrato estiverem previstas, por exemplo, cláusulas de garantia e segurança. Por outro lado, também temos que ter em conta o facto de estas cláusulas integrarem o conjunto das cláusulas que visam assegurar conteúdo útil à garantia patrimonial, estabelecendo mecanismos, de carácter preventivo, para evitar a sua diminuição ou deterioração.¹¹⁴ Assim, a expressão atípicas parece-nos mais adequada para identificar esta realidade.¹¹⁵

Concretizando, estas garantias atípicas correspondem a institutos que tanto podem ser previstos na lei como convencionados contratualmente pelas partes. No prisma legal podemos referir-nos à exceção de não cumprimento e à compensação. Já no prisma contratual, podemos incluir os contratos-promessa de garantia e as cláusulas de garantia e segurança, cuja análise se segue no próximo ponto.¹¹⁶

¹¹³ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 1018-1026.

¹¹⁴ Cfr. Fernando Pessoa Jorge, A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais, Estudos comemorativos do XX Aniversário, Vol. I, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1983, pág. 136.

¹¹⁵ Seguimos de perto a justificação apresentada por Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.652 e ss.

¹¹⁶ Cfr. Luís Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., pág.279-285; Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.653 e ss

3.2.1. Cláusulas de garantia e segurança

As cláusulas de garantia e segurança são uma das modalidades de garantias especiais atípicas¹¹⁷, fruto da autonomia privada, visando a tutela do credor e são, usualmente, encontradas nos contratos internacionais e na prática financeira. Estas consistem numa alternativa às garantias codificadas, tendo por base a liberdade de modelação do conteúdo do contrato.¹¹⁸ Neste âmbito têm vindo a ser consagradas as cláusulas de *negative pledge*, *pari passu* e *cross default*.¹¹⁹

Os contratos de empréstimo internacional e as emissões de obrigações com colocação internacional são contratos que envolvem um longo período de negociações, evoluindo para além de dados técnicos, ordens jurídicas diferentes. Deste modo, uma das razões que levou ao surgimento destas cláusulas foi a tentativa de superação das dificuldades práticas que resultam da plurilocalização dos negócios internacionais, nomeadamente o problema da determinação da lei aplicável e a sempre incerta interpretação jurisprudencial.¹²⁰ Porém, é de salientar que as cláusulas em análise não excluem o recurso aos meios de defesa conferidos pela legislação aplicável, visam, antes, reforçar a tutela legal.¹²¹

Por vezes consideradas como meros mecanismos de segurança, estas cláusulas não aumentam a massa de bens que respondem pela dívida, nem atribuem ao credor beneficiário uma posição de preferência sobre os demais credores em caso de incumprimento ou de insuficiência de bens do devedor.¹²² Todavia, a exigência de contratos (de cariz internacional) mais flexíveis, elásticos, céleres e eficazes provoca uma queda na importância das tradicionais garantias, dado que estas implicam o recurso a tribunais e a verificação e prova de apertados requisitos legais que em muito dificultam (e muitas vezes tornam inoperante) uma eficaz tutela do património do devedor como garantia geral. Para além disso, também deve ser tido em conta o facto que é bastante dispendioso recorrer a garantias reais, e, por outro lado, podem não existir bens suficientes para cobrir a totalidade do crédito.¹²³

¹¹⁷ No tocante, em especial, a estas cláusulas, António Menezes Cordeiro denomina-as de “acordos de defesa da garantia geral”, cfr. António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág.272.

¹¹⁸ Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.679.

¹¹⁹ No presente ponto iremos fazer uma pequena análise em geral das cláusulas de garantia e segurança e, no resto do trabalho, iremos abordar com mais detalhe a cláusula de *cross default*.

¹²⁰ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.886.

¹²¹ Cfr. Fernando Pessoa Jorge, ob. cit., pág.141.

¹²² Cfr. M. Januário da Costa Gomes, Contratos Comerciais, ob. cit., pág.393.

¹²³ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 888-889.

Assim, as cláusulas de garantia e de segurança surgem como que a meio caminho entre o problema da preservação do património e as suas providências conservatórias, correspondendo à ideia do reforço da garantia geral. Deste modo, afiguram-se como um meio de origem convencional, com carácter preventivo, conducente à conservação dos bens do devedor, restringindo ou impedindo a sua deterioração ou a sua oneração. Como vimos, estas cláusulas são manifestações da autonomia privada¹²⁴ que tiveram a sua origem no espaço anglo-saxónico, com o objetivo de efetivar a tutela da expectativa do credor face à prestação devida.¹²⁵

Com efeito, ao contrário da tradição romano-germânica que construiu as diversas regras relativas à garantia geral das obrigações, definindo-lhes um conteúdo e elaborando múltiplos institutos destinados a proteger a garantia em causa, no espaço anglo-saxónico difundiram-se, por razões próprias, alguns esquemas convencionais, adotados pelas partes para tutela da garantia geral e, por essa via, dos credores.¹²⁶ O seu surgimento deu-se em finais do século XIX, com a utilização de cláusulas de *negative pledge* nas emissões de obrigações protagonizadas por empresas ferroviárias dos Estados Unidos da América.¹²⁷

Em suma, “é da busca de uma alternativa às tradicionais garantias reais e pessoais que na *praxis* do financiamento nascem estas cláusulas de garantia e/ou segurança, como verdadeira “fuga para a frente”, na medida em que se procuram conciliar interesses de algum modo contrapostos: a suficiente defesa do direito do credor com a menor soma possível de inconvenientes e sacrifícios para o devedor.”¹²⁸ Por outro lado, tenta-se de modo preventivo assegurar o efetivo funcionamento do princípio da *par conditio creditorum*, sobretudo nos casos em que o património do devedor não é suficiente.¹²⁹

¹²⁴ Para um estudo aprofundado sobre a manifestação da autonomia privada nestas cláusulas Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 891 e ss.

¹²⁵ Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág. 657-658.

¹²⁶ Cfr. António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 272.

¹²⁷ Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Negative Pledge: um estudo comparatístico*, O Direito, Ano 142.º, III, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 499 e ss; Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág. 656.

¹²⁸ Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 889

¹²⁹ Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág. 657 e Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 891 e ss e 1018 e ss.

CAPÍTULO IV

ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA DE *CROSS DEFAULT* NO ORDENAMENTO JURIDICO PORTUGUÊS

No presente capítulo iremos tratar da questão da admissibilidade da *cross default* no direito português. Com efeito, vamos analisar em que medida é que esta cláusula, que se diz legalmente atípica mas socialmente típica¹³⁰, se coaduna com os nossos quadros jurídicos recorrendo para isso ao direito civil. Com efeito, tendo já sido abordados os efeitos que a *cross default* apresenta no comércio internacional¹³¹ estamos então agora em condições para tratar desta matéria.

No nosso ordenamento, à semelhança do que vimos anteriormente, a *cross default* pode consistir numa cláusula de vencimento antecipado ou numa cláusula resolutiva expressa. No entanto, temos que ter especial cautela em fazer generalizações nesta matéria, dado que a interpretação e a indagação da vontade das partes deve ser feita à luz do contrato, pois ao abrigo da sua autonomia privada as partes são livres de incluir tudo o que não for proibido.

Para além de, como veremos, tratarmos da sua qualificação jurídica, iremos também abordar a sua compatibilidade com as cláusulas contratuais gerais.

4.1. Cláusula de exigibilidade antecipada

Tendo em conta que na maioria das vezes as partes estipulam que o incumprimento de um contrato acelera¹³² o pagamento de um outro que tem uma *cross default*, consideramos que esta cláusula constitui um bom exemplo dos casos em que as partes alargam o regime jurídico legalmente previsto no artigo 780.º do CC. Este atribui a possibilidade ao credor de exigir antecipadamente o cumprimento da obrigação, podendo ser estendido a outras situações que as partes caracterizam como perigosas (aqui entendidos como *events of default*).¹³³ Fala-se, neste sentido, do recurso a soluções

¹³⁰ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 901 e ss.

¹³¹ Cfr. Supra 2.5.

¹³² Utilizamos aqui a expressão “acelera” numa tradução literal do vocábulo inglês *acceleration* que é utilizado na prática anglo-americana referente à exigibilidade antecipada da obrigação, cfr. Fernando Pessoa Jorge, A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais, ob. cit., pág.140.

¹³³ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 996.

internas, criadas ao abrigo da autonomia privada, para tutelar os riscos inerentes ao crédito.¹³⁴

Todavia, antes de indagarmos o sentido útil das convenções sobre a perda do benefício do prazo, impõe-se tratar em primeiro lugar, de uma forma genérica, sobre quem beneficia do decurso do prazo. Para isso recorreremos ao artigo 779.º do CC que contém uma norma supletiva dizendo que na falta de estipulação pelas partes o prazo tem-se por estabelecido a favor do devedor. Ou seja, o credor fica impossibilitado de exigir a prestação antes do fim do prazo.¹³⁵ No entanto, o devedor pode optar por realizar a prestação sem que se tenha verificado a exigibilidade ou o vencimento desta, renunciando assim a este benefício.

Este é o princípio geral, contudo de acordo com o artigo 1147.º do CC, que diz respeito ao mútuo oneroso, a regra é a de que o devedor só pode cumprir antes de terminar o prazo se satisfizer os juros por inteiro, uma vez que aqui o prazo aproveita a ambas as partes. A ratio apresentada para esta solução do legislador é a de que, por um lado, o mutuário tem interesse em utilizar o capital durante todo o prazo estipulado e, por outro, o mutuante tem interesse em manter os seus capitais aplicados de forma a ser remunerado por inteiro com os juros convencionados¹³⁶, tendo o prazo, neste caso, um duplo efeito suspensivo.¹³⁷

Deste modo, sempre que ao abrigo do disposto no artigo 779.º ou do 1147.º do CC o devedor opte por efetuar voluntariamente o pagamento antecipado, não está em causa uma violação de qualquer dever contratual. Pelo contrário, este é um direito que assiste ao devedor, não sendo por isso um motivo elegível para acionar a cláusula de *cross default*.¹³⁸

Todavia, o devedor pode perder este direito se ocorrer uma das situações enunciadas no artigo 780.º, ou seja caso o devedor se torne insolvente, mesmo que esta não tenha

¹³⁴ Cfr. M. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pág. 38

¹³⁵ Cfr. José Carlos Brandão Proença, Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 82; Inocêncio Galvão Telles, Direito das Obrigações, Reimpressão da 7.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 248; Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 996 e ss; António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. IX, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 78 e ss; Nuno Manuel Pinto Oliveira, Princípios de direito dos contratos, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 384 e ss; Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, vol. II, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 152 e ss; e Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 1013 e ss.

¹³⁶ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 997

¹³⁷ Cfr. Inocêncio Galvão Telles, Direito das Obrigações, Reimpressão da 7.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 249

¹³⁸ Cfr. Fernando Pessoa Jorge, A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais, ob. cit., pág. 174; e Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 999.

sido declarada judicialmente, ou se por facto imputável a este diminuírem as garantias do crédito ou não forem prestadas as garantias prometidas, pode o credor exigir antecipadamente o cumprimento da obrigação. Desta forma, está em causa a alteração da situação patrimonial do devedor¹³⁹, ou o caso em que o devedor tenha praticado um ato considerado incompatível com a confiança do credor que esteve na base da concessão do prazo para pagamento.¹⁴⁰ Por outro lado, o artigo 781.º do CC prevê outro caso de perda de benefício do prazo para as situações de não cumprimento de uma prestação nas dívidas a prestações.

Seja com base na vontade das partes ou em disposições legais, esta perda de benefício do prazo consubstancia-se na verificação da exigibilidade em termos antecipados relativamente ao programa obrigacional normal, quer tratando-se de exigibilidade em sentido fraco, nas situações em que o vencimento antecipado ocorre apenas após a interpretação, quer da exigibilidade em sentido forte, quando se trata de um vencimento em termos automáticos.¹⁴¹

4.1.1. Estipulação convencional da perda do benefício do prazo

Em ambas as disposições supra referidas a perda do benefício do prazo ocorre uma vez que a estipulação do prazo tem por pressuposto a confiança do credor na solvabilidade do devedor¹⁴², sendo esta ideia fundamental para entendermos a estipulação convencional da perda do benefício do prazo. Assim, estamos em condições de passar à análise da questão que nos trouxe aqui, ou seja, se as partes poderão sobre a égide do artigo 780.º do CC convencionar outras formas de perda de benefício do prazo.

Olhando para o artigo, a perda do benefício do prazo pode ter um escopo sancionatório ou um escopo garantístico, tutelando os interesses do credor no que respeita à segurança da satisfação do seu crédito.¹⁴³ Assim, para determinar a legalidade das referidas

¹³⁹ De acordo com o artigo 3º do CIRE considera-se que o devedor está em situação de insolvência quando este se encontra impossibilitado de cumprir as obrigações vencidas. No caso das pessoas coletivas e patrimónios autónomos ocorre a situação de insolvência quando o passivo destas entidades seja manifestamente superior ao ativo.

¹⁴⁰ Sobre a perda do benefício do prazo em geral Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, ob. cit., pág. 153; Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 1014 e ss; Fernando Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975/76, pág. 292; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, ob. cit., pág. 78 e ss; Inocêncio Galvão Telles, ob. cit., pág. 263; e Nuno Manuel Pinto Oliveira, ob. cit., pág. 387 e ss; José Carlos Brandão Proença, ob. cit., pág. 83 e ss.

¹⁴¹ Cfr. Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 131.

¹⁴² Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, ob. cit., pág. 154; José Carlos Brandão Proença, ob. cit., pág. 83; e Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 130.

¹⁴³ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 999.

convenções é necessário determinar se o artigo 780.º do CC é passível de ser objeto de interpretação extensiva ou de aplicação analógica a todas as convenções que visem excluir ou restringir a aplicabilidade do seu regime¹⁴⁴ ou se, pelo contrário, o artigo contempla uma natureza taxativa.

Numa referência expressa à natureza taxativa das situações de exigibilidade antecipada, a doutrina portuguesa inclinava-se tradicionalmente para a hipótese de uma enumeração exaustiva que não admitia outras situações. Contudo, nos contratos de mútuo bancário, bem como noutro tipo de contratos, existe uma importante relevância da autonomia privada como forma das partes ajustarem os seus interesses.¹⁴⁵

Porém, é necessário determinar se existem outras situações que devam de ser igualmente consideradas exceções à regra do benefício do prazo por protegerem os mesmos interesses que as presentes no artigo 780.º do CC. Assim, poderiam ser consideradas as hipóteses em que existe um perigo para a satisfação do interesse do credor que concedeu um prazo. Seja pela ocorrência de um desequilíbrio patrimonial, seja pela verificação de patologias relacionadas com garantias ou pelo não pagamento de uma prestação poderão existir factos cujo perigo e relevância sejam em tudo análogos aos atualmente estabelecidos no artigo 780.º do CC.¹⁴⁶

Com efeito, o artigo 780.º consagra hipóteses que visam garantir uma tutela mínima ao interesse do credor na preservação do património do devedor, apresentando uma função de garantia. Todavia, também pode ser dado um escopo sancionatório, o que não permite a analogia de acordo com as “boas regras hermenêuticas”. Assim, o artigo 780.º estabelecerá na sua previsão um *numerus clausus* no que diz respeito à aplicação da sanção da exigibilidade antecipada. Atendendo a esse facto fazer-se-ia uma interpretação restritiva, não sendo permitido qualquer convenção por parte dos contraentes.¹⁴⁷

No entanto, como refere Joana Pereira Dias, o artigo 780.º “deve ser visto como contendo duas faces da mesma moeda, isto é, ao permitir a exigibilidade antecipada, estaria, por um lado, a sancionar o devedor e, por outro, a tutelar o credor”. Tal significa que estaríamos a considerar o artigo como uma norma excecional em relação ao devedor,

¹⁴⁴ Cfr. Ibidem, pág. 1001.

¹⁴⁵ Cfr. Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 192.

¹⁴⁶ Cfr. Ibidem, pág. 193.

¹⁴⁷ Cfr. Paulo Cunha, Direito das obrigações, Tomo II, Lisboa, Imprensa Baroeth, 1938, pág. 196; e Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1001.

o que não excluiria, para defesa da posição creditícia, a sua aplicação analógica a outras situações que visassem tutelar ou ampliar a defesa do crédito. Contudo, como refere a autora, esta posição não faz sentido uma vez que a aplicação desta iria acarretar inevitavelmente uma sanção para o devedor, atentando, deste modo, contra o princípio da proibição da aplicação analógica de normas de cariz sancionatório.¹⁴⁸

Assim, o verdadeiro sentido do artigo deve ser o da defesa da posição do credor e não a sanção do devedor.¹⁴⁹ Tal é conforme com escolha do legislador ao atribuir uma faculdade ao credor de exigir o vencimento e não a de determinar o vencimento automático da obrigação. Na prática, o que o legislador pretendeu foi conferir ao credor um meio que lhe permita, com maior eficiência, realizar os seus interesses. Em boa verdade, de acordo com esta interpretação, é ao credor que cabe decidir o exercício do direito de exigir o cumprimento antecipado ou se, pelo contrário, lhe é mais favorável nada fazer e deixar que a obrigação se vença no prazo inicialmente previsto. Deste modo, a estipulação contratual de outras hipóteses de exigibilidade antecipada visa garantir um reforço da garantia do cumprimento por parte do devedor, através de uma ampliação convencional da tutela do crédito, criando um regime mais favorável para o credor.¹⁵⁰

Com efeito, ao contrário do que se passa com os fins sancionatórios, o fim de garantia justificará a consagração convencional dos casos de exigibilidade antecipada que desempenhem a função de mecanismo preventivo de tutela do património do devedor.¹⁵¹ O que se justifica atendendo ao facto que em causa está a tutela dos interesses do credor contra situações que os ameassem, devendo caber a este a decisão sobre a conveniência ou inconveniência de se aproveitar dessa proteção.¹⁵²

Posto isto, na perspetiva do credor, e atendendo ao que até aqui falámos, nada parece obstar a que as partes possam estipular no contrato que ocorrendo certos factos (*events of default*) possa o credor exigir o cumprimento antecipado, incluindo, assim, no contrato uma cláusula de *cross default*.¹⁵³⁻¹⁵⁴ Porém, é legítimo perguntar-se se é mesmo

¹⁴⁸ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1002.

¹⁴⁹ Cfr. José Carlos Brandão Proença, ob. cit., pág. 83; e Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1002

¹⁵⁰ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1002.

¹⁵¹ Cfr. Ibidem, pág. 1002-1003.

¹⁵² Cfr. Fernando Pessoa Jorge, Direito das Obrigações, ob. cit., pág. 292.

¹⁵³ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1003.

¹⁵⁴ Bruno Ferreira admite mesmo que as “situações legais de exigibilidade antecipada não têm natureza injuntiva pelo que podem ser afastadas pelas partes dos contratos de crédito bancário. Para além de poderem afastar as causas legais de exigibilidade antecipada, as partes poderão modelar as suas posições contratuais determinando causas convencionais de exigibilidade antecipada.” Bruno Ferreira, ob. cit., pág. 205.

necessário recorrer a esse tipo de cláusulas contratuais ou se, pelo contrário, bastaria o regime previsto na lei. Ou seja, será que a possibilidade de o credor exigir antecipadamente a prestação não resultaria da parte final do artigo 780.º onde se prevê que vencimento antecipado pode ocorrer se, por causa imputável ao devedor, diminuïrem as garantias do crédito ou se não forem prestadas as garantias prometidas?

Talvez à primeira vista possamos responder que sim uma vez que a violação de outros contratos, ainda que temporariamente, dá a indicação ao credor de que o devedor está numa situação económica difícil e se outros contratos forem antecipados por força desses incumprimentos pode, de facto, estar em causa uma diminuição do património do devedor, entendido como garantia comum.

Contudo, não é este o sentido dado à parte final do artigo 780.º do CC. Com efeito, a *ratio legis* apontada pela doutrina é a de que aqui estão incluídas apenas as garantias especiais e não a garantia geral representada pelo património do devedor¹⁵⁵, uma vez que a diminuição da garantia geral vem tutelada na primeira parte do artigo, ou seja nos casos de insolvência do devedor.¹⁵⁶ Mesmo quanto a esta, exige-se uma efetiva situação de insolvência (mesmo que não seja declarada judicialmente), não sendo suficiente o mero receio da mesma.¹⁵⁷ Por outro lado, o escopo de garantia do artigo 780.º do CC, que em cima abordámos, atribui uma conotação de ilicitude a todas as convenções que pretendem excluir ou restringir a aplicabilidade deste artigo.¹⁵⁸

4.1.2. Caráter pessoal da perda do benefício do prazo

O artigo 782.º do CC vem estabelecer que “a perda do benefício do prazo não se estende aos co-obrigados do devedor, nem a terceiro que a favor do crédito tenha constituído qualquer garantia”, estabelecendo-se desta forma o caráter pessoal do instituto.¹⁵⁹ Assim, em caso de perda de benefício do prazo, o credor poderá exigir ao devedor o cumprimento imediato da obrigação, mas quanto aos condevedores ou a

¹⁵⁵ Cfr. Inocêncio Galvão Telles, ob. cit., pág. 263; Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1004; e José Carlos Brandão Proença, ob. cit., pág. 85.

¹⁵⁶ Cfr. Fernando Pessoa Jorge, Direito das Obrigações, ob. cit., pág. 292; e Nuno Manuel Pinto Oliveira, ob. cit., pág. 389.

¹⁵⁷ Tal representa uma diferença face ao Código de 1867, o qual estabelecia como causa de exigibilidade antecipada o justo receio de insolvência, cfr. Fernando Pessoa Jorge, Direito das Obrigações, ob. cit., pág. 294; Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol. II, ob. cit., pág. 154; Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 1016; José Carlos Brandão Proença, ob. cit., pág. 83; Nuno Manuel Pinto Oliveira, ob. cit., pág. 387.

¹⁵⁸ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1005.

¹⁵⁹ Cfr. José Carlos Brandão Proença, ob. cit., pág. 87

terceiros garantantes terá que esperar pelo normal vencimento da obrigação ¹⁶⁰, a não ser que as partes afastem por convenção (artigo 405.º do Código Civil) o regime do referido artigo. ¹⁶¹

Todavia, em relação à cláusula de *cross default* vimos que esta pode ser acionada tendo por base incumprimentos contratuais de outros contratos por parte dos garantantes. ¹⁶² Deste modo, tendo em conta o regime do artigo 782.º do CC a referência aos incumprimentos contratuais dos terceiros garantantes apenas releva como factos que podem levar ao acionamento da cláusula, não podendo o credor exigir-lhes antecipadamente o cumprimento da obrigação.

4.1.3. O *interusurium*

O problema do *interusurium* coloca-se sempre que é tratado o tema da perda do benefício do prazo e da exigibilidade antecipada. Com efeito, quando a obrigação é de *dare* e a coisa devida produz frutos naturais ou civis, o pagamento antecipado suscita o problema de saber quem tem direito a fazer seus os rendimentos correspondentes ao período da antecipação. ¹⁶³

Fora os casos de erro desculpável (resolvíveis pelo artigo 476.º, nº 3 do CC) o problema do *interusurium* deve ser resolvido distinguindo o prazo estabelecido a favor do devedor e o prazo estabelecido a favor do credor. ¹⁶⁴

No que aqui releva, quando o prazo seja estabelecido a favor do devedor e a dívida seja de juros, o vencimento antecipado provocado pelo credor faz com que o devedor deixe de pagar uma parte dos juros. Com efeito, se pensarmos que os juros são uma forma de o credor ser remunerado pelo capital que emprestou ao devedor, não faria sentido

¹⁶⁰ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol.II, ob. cit., pág. 157; Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 1014-1015; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil - Anotado - Volume II*, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pág. 33.

¹⁶¹ A jurisprudência portuguesa tem afirmado que é lícito às partes afastar o regime do artigo 782.º do Código Civil, *vide* os seguintes acórdãos: STJ de 10 de maio de 2007 (João Bernardo); RPt de 29 de Junho de 2015 (Ana Paula Amorim); RLx de 11 fevereiro 2014 (Rosa Ribeiro Coelho); RLx de 16 de maio de 2013 (Catarina Arêlo Manso), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁶² Cfr. *supra* 2.4.3.1.

¹⁶³ Cfr. Fernando Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 300.

¹⁶⁴ Cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, ob. cit., pág. 385.

receber o juro convencionado por inteiro se o montante mutuado é devolvido antes da data acordada.¹⁶⁵

Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre este assunto no acórdão uniformizador nº7/2009 de 25 de Março de 2009, relatado por Cardoso de Albuquerque. Este tribunal entendeu que “a obrigação de capital constitui, nos contratos de mútuo oneroso, comercial ou bancário, liquidável em prestações, uma obrigação de prestação fraccionada ou repartida, efectuando-se o seu cumprimento por partes, em momentos temporais diferentes, mas sem deixar de ter por objecto uma só prestação inicialmente estipulada, a realizar em fracções. Diversamente, os juros remuneratórios enquanto rendimento de uma obrigação de capital, proporcional ao valor desse mesmo capital e ao tempo pelo qual o mutuante dele está privado, cumpre a sua função na medida em que exista e enquanto exista a obrigação de capital. A obrigação de juros remuneratórios só se vai vencendo à medida que o tempo a faz nascer pela disponibilidade do capital. Se o mutuante, face ao não pagamento de uma prestação, encurta o período de tempo pelo qual disponibilizou o capital e pretende recuperá-lo, de imediato e na totalidade o que subsistir, só receberá o capital emprestado e a remuneração desse empréstimo através dos juros, até ao momento em que o recuperar, por via do accionamento do mecanismo previsto no artigo 781.º do Código Civil. Não pode, assim, ver-se o mutuante investido no direito a receber juros remuneratórios do mutuário faltoso, porque tais juros se não venceram e, consequentemente, não existem. (...) Prevalecendo-se do vencimento imediato, o ressarcimento do mutuante ficará confinado aos juros moratórios, conforme as taxas acordadas e com respeito ao seu limite legal e à cláusula penal que haja sido convencionada.”¹⁶⁶

Deste modo, o tribunal fixou a jurisprudência dizendo que “no contrato de mútuo oneroso liquidável em prestações, o vencimento imediato destas ao abrigo de cláusula de redacção conforme ao artigo 781.º do Código Civil não implica a obrigação de pagamento dos juros remuneratórios nelas incorporados”.

¹⁶⁵ O devedor apenas teria que satisfazer os juros por inteiro no caso de ser ele a cumprir voluntariamente o mútuo, uma vez que o interesse do credor a receber os juros, dado que no mútuo oneroso o prazo beneficia ambas as partes. Assim este interesse do credor encontra tutela legal no artigo 1147.º do CC.

¹⁶⁶ Texto integral disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/05/08600/0253002538.pdf>

Assim, é de concluir que o *interusurium* não cabe, em princípio, a quem tenha provocado o vencimento antecipado.¹⁶⁷

4.2.Cláusula resolutiva expressa

A possibilidade da cláusula de *cross default* representar uma cláusula resolutiva expressa depende, em primeiro lugar, da vontade das partes. Com efeito, vimos que na consagração anglo-americana da cláusula por vezes surge a expressão “*termination*”¹⁶⁸, que consiste ao nosso instituto da resolução contratual.

A resolução do contrato vem prevista nos artigos 432.º e ss, e consiste numa forma de extinção da relação contratual por declaração unilateral dos contraentes, baseada num fundamento ocorrido posteriormente à celebração do contrato. É comum aos contratos de prestações instantâneas e aos contratos duradouros e pode resultar de lei ou convenção.¹⁶⁹

¹⁷⁰ No que aqui nos interessa, a resolução convencional é denominada pela doutrina como cláusula resolutiva expressa¹⁷¹. Nesta, as partes convencionam, de acordo com a autonomia privada, o poder de resolver o contrato na eventualidade de ocorrerem determinados factos. Se tivermos em conta que as cláusulas de *cross default* são usualmente previstas em contratos que se protelam no tempo, podemos facilmente compreender que pode existir a possibilidade de ocorrerem desvios ao programa contratual. Deste modo, as partes recorrem a cláusulas resolutivas por recearem que esses desvios possam prejudicar ou colocar em perigo o reembolso integral e pontual das quantias mutuadas, mas também como forma de se efetivar o princípio da *par conditio creditorum*.¹⁷²⁻¹⁷³

¹⁶⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. IX, ob. cit., pág. 92.

¹⁶⁸ Cfr. Stephen R. Kruft, ob. cit., pág. 218; Joachim Gruber, Cross-default clauses in finance contracts, ob. cit., pág. 591; Ebo Coleman, ob. cit., pág. 49.

¹⁶⁹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 319 Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol.II, ob. cit., pág. 94 e ss; Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 82 e ss; António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. IX, ob. cit., pág. 648 e ss.

¹⁷⁰ Em termos históricos, a resolução contratual remonta à *lex commissoria* romana que está na base da origem do instituto da resolução legal. Esta consiste num *pactum* que atribui ao vendedor a faculdade de considerar o contrato não realizado se o comprador não pagar o *pretium* dentro de um prazo fixado. Inicialmente foi considerada como uma condição suspensiva e depois também resolutiva. Cfr. A. Santos Justo, Direito Privado Romano, vol. II, STVDIA IVRIDICA 76, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág.62; Max Kaser, Direito Privado Romano, 2ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pág. 248 e ss; e Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, ob. cit., pág. 82.

¹⁷¹ Cfr. João Baptista Machado, Pressupostos da Resolução por Incumprimento, in Obra Dispersa, Vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, pág.184; e João Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, Coimbra, Almedina, 1987, pág. 321 e ss.

¹⁷² Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1006.

¹⁷³ Uma importante distinção que se impõe é a que confronta a cláusula resolutiva e a condição resolutiva. Tendo em conta a autonomia privada as partes podem ter estipulado não uma cláusula resolutiva mas uma

Na prática, a cláusula resolutiva representa uma forma de estipular convencionalmente a resolução, determinando o seu conteúdo, fundamentos para acionar a cláusula, bem como os seus efeitos. Assim, as partes afastam o regime legal e constroem uma cláusula que seja mais adequada a proteger os interesses destas tendo em conta o risco concreto do contrato. Deste modo, as partes ao estipularem que determinados factos (ou *events of default*) consistem no fundamento do direito de resolução do contrato estão não apenas a caracterizá-los como graves ou relevantes, mas também a afastar possíveis dúvidas ou incertezas que podem ocorrer na sua interpretação futura.¹⁷⁴ Ou seja, as partes estão a regular no contrato o regime de um possível desvio entre a execução do contrato e o programa negocial¹⁷⁵, subtraindo esse ponto a uma eventual apreciação do juiz.¹⁷⁶

Tendo em mente os factos que mencionámos que podem acionar a *cross default*, temos que determinar se, perante a lei portuguesa, todo e qualquer facto pode desencadear o direito de resolução. Por outro lado, atendendo ao regime dos artigos 405.º n.º1 e 432.º, n.º1 do CC não parece existir qualquer impedimento a que o exercício da resolução tenha como fundamento um facto não culposo ou que se encontre fora do alcance da vontade do devedor.¹⁷⁷

condição resolutiva. Esta distingue-se da primeira pelo facto de a ocorrência de um evento futuro e incerto acordado pelas partes, faz operar a resolução automaticamente, o que na cláusula resolutiva não ocorre, sendo necessário um ato da parte que quer resolver o contrato. Por outro lado, o artigo 274.º do CC acrescenta que o efeito retroativo será pleno, afetando mesmo terceiros. Pelo contrário, a cláusula resolutiva terá apenas efeitos entre as partes conforme o disposto no artigo 435.º do CC. Cfr. João Baptista Machado, Pressupostos da Resolução por Incumprimento, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, pág.185; João Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, ob. cit., pág.324; Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, ob. cit., pág. 165-166; e Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1006, nota 327.

¹⁷⁴ Sobre a interpretação das cláusulas resolutivas deverá recorrer-se às regras comuns de interpretação dos negócios jurídicos, recorrendo aos artigos 236.º e ss do CC. Cfr. Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, ob. cit., pág. 164 e acórdão do STJ de 05 fevereiro de 2015 (Salazar Casanova) disponível em <http://goo.gl/HuwOIj>.

¹⁷⁵ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1008; Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, ob. cit., pág. 163.

¹⁷⁶ Nesta intervenção, o juiz não pode deixar de ter presente o facto de as partes terem valorado previamente a gravidade do incumprimento, tendo-lhe atribuído carácter essencial e fundamento de resolução. Assim, se os termos forem redigidos de maneira correta, o juiz fica confinado a um mero controlo de legalidade, concentrando-se no cumprimento dos ditames da boa-fé contratual. Cfr. João Baptista Machado, ob. cit., pág.186; João Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, ob. cit., pág.323-324; e Patrick Gorman, ob. cit., pág. 440. Além disso, o acórdão STJ de 19 de Novembro de 2009 (Serra Baptista) disponível em : <http://goo.gl/ZVNqiV>, afirma que a “resolução convencional faculta às partes, de harmonia com o princípio da autonomia da vontade, o poder de, expressamente, por convenção, atribuir a ambas ou a uma delas o direito de resolver o contrato quando ocorra certo e determinado facto”. Tal resolução “é imediata, mediante declaração à outra parte (art. 436.º, n.º 1 do CC), sem necessidade de intervenção do juiz ou de recurso ao art. 808.º”.

¹⁷⁷ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1008; e José Carlos Brandão Proença, ob. cit., pág. 367-368.

Todavia, as partes não possuem uma liberdade absoluta no que diz respeito à definição da importância do incumprimento para efeitos de resolução, não sendo permitido que se estipule um incumprimento levíssimo que seja de todo insignificante na economia do contrato.¹⁷⁸ Assim, podemos discutir a validade de algumas cláusulas de *cross default*, sendo imperativo delinear certos limites à liberdade de estipulação das partes. Falamos do princípio da boa-fé contratual previsto nos artigos 406.º, nº1 e 762.º, nº2 do CC, o critério do abuso do direito, os critérios que valoram a gravidade do incumprimento, por exemplo o do artigo 934.º do CC, o objetivismo protetor que resulta do artigo 802.º, nº2 e 808.º, nº 2 e, por fim, o princípio que está patente no artigo 809.º do CC.¹⁷⁹

Tendo em conta que a cláusula de *cross default* resolutiva tem como função organizar e regular o regime do incumprimento mediante a concreta definição da importância do mesmo¹⁸⁰, podemos também afirmar que se trata aqui de tutelar preventivamente a confiança. Com efeito, a ocorrência de um incumprimento ou de um *event of default* faz surgir no credor um sério e justo receio quer relativo ao pontual cumprimento das obrigações contratuais futuras, quer à conservação do património do devedor como garantia geral das obrigações. Assim, esta eventual perda futura de confiança faz com que o credor se proteja previamente contra possíveis incumprimentos ou violações da *par conditio creditorum*.¹⁸¹

Deste modo, podemos reconhecer que a cláusula resolutiva possui um importante valor coercivo dado o poder que o credor tem de resolver imediatamente o contrato por simples declaração à parte incumpridora. Portanto, tendo o devedor interesse na manutenção e continuação da relação contratual, tudo fará para não dar possibilidade ao credor de poder exercer o direito potestativo de resolução. Logo, a certeza e o carácter imediato da resolução conferem à cláusula uma função cominatória, sendo esta equiparada, na falta de disposição especial e quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico como refere o artigo 433.º do CC.

¹⁷⁸ Sobre a necessidade de uma cláusula suficientemente densificada, sob o ponto de vista da clareza, precisão e quanto à identificação do evento cujo incumprimento as partes identificaram como fonte do direito potestativo resolutivo *vide* João Baptista Machado, ob. cit., pág.187 e acórdão STJ de 12 Março de 2013 (Alves Velho) disponível em: <http://goo.gl/HWGzyW>.

¹⁷⁹ Cfr. João Baptista Machado, ob. cit., pág. 187; Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, ob. cit., pág. 165; Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1010; Nuno Manuel Pinto Oliveira, ob. cit., pág. 919; e João Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, ob. cit., pág.324-325.

¹⁸⁰ Cfr. João Baptista Machado, ob. cit., pág. 186-187.

¹⁸¹ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.1012.

Por fim, relativamente ao efeito, importa referir que a resolução causa a extinção do contrato e a restituição de tudo o que as partes houverem recebido ou, caso o efeito retroativo contrarie a vontade das partes ou a finalidade da resolução, esta terá apenas efeitos para o futuro, não abrangendo as prestações já efetuadas conforme menciona o artigo 434.º do CC.¹⁸² No entanto, no que concerne aos contratos de execução continuada ou periódica, o nº 2 do mencionado artigo refere que os efeitos da resolução do contrato apenas se projetam para o futuro, não abrangendo as prestações já efetuadas, exceto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas.

4.3.Cláusulas contratuais gerais

Acabámos de ver que o conteúdo e os efeitos da cláusula *cross default* são muito voláteis tendo em conta a concreta vontade das partes. Assim, não é estranho ver clausulados contratuais que versem sobre a mesma questão, mas cuja violação acarreta consequências bem diferentes. No entanto, como já deixamos antever pelo presente subtítulo, vamos agora tratar de analisar a compatibilidade destas cláusulas com a lei das cláusulas contratuais gerais.

O contrato é usualmente visto “como um instrumento de ordenação de relações jurídicas em autodeterminação, como um instituto que visa dar livre expressão à vontade e à personalidade dos sujeitos intervenientes”, assim essa ideia implica “que ambas as partes sejam chamadas a decidir quanto ao conteúdo da situação jurídica a que ficarão vinculadas. Não apenas o se, mas também o como da relação contratual, são da competência dos dois contraentes, sendo contraditória com o sentido da liberdade contratual a sua reivindicação, em exclusivo, por uma das partes”.¹⁸³ Todavia, na atual massificação e proliferação de produtos financeiros e, em especial, de créditos, o uso de complexos formulários contratuais que se bastam com a adesão da contraparte é muito frequente¹⁸⁴ e, além do mais, é no meio destas disposições que encontramos as cláusulas em análise, pelo que um estudo aprofundado sobre a questão não podia ser ignorado.

¹⁸²Cfr. João Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, ob. cit., pág.326-327.

¹⁸³ Joaquim de Sousa Ribeiro, O Problema do Contrato - As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual, Coimbra, Almedina, 1999, pág.276.

¹⁸⁴ Cfr. Carlos Mota Pinto, Contratos de Adesão, Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XX, Coimbra, 1973, pág. 139 e ss; Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, Cláusulas Contratuais Gerais, Coimbra, Almedina, 1995, pág. 10 e ss; Ana Prata, Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 15 e ss; e

Como vimos, a grande aplicação das cláusulas de *cross default* dá-se no âmbito das relações bancárias tendo em conta a atividade creditícia dos bancos. Nesta, o uso de cláusulas contratuais gerais (CCG) é fundamental devido ao grande número de clientes e à rapidez do comércio. Estas apresentam-se com uma grande rigidez e generalidade, uma vez que devem ser aceites por quem as subscreva e são produzidas para um número indeterminado de clientes. Por outro lado, são cláusulas que apresentam uma grande complexidade devido à maneira como são redigidas e ao grande número de pontos, apresentam também uma desigualdade entre as partes, uma vez que o banco propõe as cláusulas e a outra parte ou se limita a aderir ou não celebra contrato, e, por fim, apresentam uma natureza formulária, onde apenas são especificados escassos elementos de identificação.¹⁸⁵ Deste modo, ocorre uma supressão do clássico processo contratual, subordinando-se os clientes a cláusulas fixadas previamente, de modo geral e abstrato, para uma série indefinida de efetivos e concretos negócios.¹⁸⁶

Após delinear as características básicas das CCG podemos facilmente compreender que a autonomia privada sofre uma limitação na sua vertente de liberdade de estipulação, originando, desta forma, um instituto especialmente carente por proteção legal no que toca ao exercício da liberdade contratual. Com efeito, se em abstrato ninguém é obrigado a aderir a um contrato pré-elaborado, a realidade económica atual a isso obriga, pois o possível cliente pode ver-se privado do bem ou serviço que pretendia.¹⁸⁷

Ao aderir a CCG, o cliente faz uso da sua autonomia. É óbvio que a adesão lhe traz vantagens imediatas como os baixos custos de transação, rapidez e a imediata fruição dos bens e serviços. Porém, não podemos deixar de mencionar que a decisão de aderir tem subjacente uma certa margem de confiança que merece tutela legal. Daí que se diga que o ponto nuclear da lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG) é o do controlo interno, desempenhado pelos tribunais. Assim, estas não podem, a pretexto dos valores

Ana Filipa Morais Antunes, Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 15 e ss.

¹⁸⁵ Cfr. António Menezes Cordeiro, Direito Bancário, Reimpressão da 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, 487-488; Almeno de Sá, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas, Reimpressão da 2.ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2005, pág.212; e José de Oliveira Ascensão, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-fé, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 2000, pág. 574 e ss; António Pinto Monteiro, Contratos de Adesão/ Cláusulas Contratuais Gerais, in Estudos de Direito do Consumidor, Nº3, Coimbra, Centro de Estudos de Direito do Consumo, 2001, pág. 134 e ss.

¹⁸⁶ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 246; e Ana Filipa Morais Antunes, ob. cit., pág. 17 e ss.

¹⁸⁷ Cfr. Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, vol. I, 13.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, pág.29 e ss; Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 246; Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.689; e Ana Prata, ob. cit., pág. 17 e ss.

que comportem, “furtar-se à sindicância do sistema que as reconhece e legitima”. Aquilo que devem fazer é reservar para os tribunais a ponderação do seu conteúdo.¹⁸⁸ Estes devem ter sempre em conta a relação que ocorre entre o Direito e a autonomia privada, procurando sempre estabelecer um balanço entre os vetores presentes.¹⁸⁹

A este respeito a LCCG¹⁹⁰ vem facilitar a tarefa dos tribunais de aferir a legalidade ou ilegalidade de certa cláusula contratual estabelecendo uma serie de proibições. Estas, protegem todos os utilizadores de CCG, tutelando os abusos¹⁹¹ que eram correntes na utilização destes formulários padronizados.¹⁹² Portanto, ao lado da tutela da vontade, coloca-se o problema da fiscalização do conteúdo das cláusulas ou condições gerais do contrato.¹⁹³ É aqui que o nosso problema se coloca. Deste modo, perante a tutela legal das CCG assentes em proibições destinadas a proteger a parte mais fraca, serão as cláusulas de *cross default* válidas?

Antes de mais, temos que determinar se ao regime jurídico do Decreto-lei 446/85 é aplicável. Apesar de as *cross default* serem usualmente parte de contratos que são amplamente discutidos pelas partes antes da celebração do contrato, como bem refere Joana Pereira Dias¹⁹⁴, o facto é que muitas vezes estas cláusulas encontram-se já pre-elaboradas e são impostas à contraparte devido ao seu superior poder económico. Deste modo, o facto de vários aspetos do contrato serem discutidos e ajustados pelas partes, não impede a aplicação do regime das CCG às cláusulas do contrato que são pré-elaboradas (artigo 1.º, nº2 do Decreto-lei 446/85)¹⁹⁵. Todavia, apenas nos contratos de grande envergadura se pode falar em paridade entre as partes, pois mesmo entre pequenos

¹⁸⁸ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014, pág.441.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Decreto-lei 446/85, de 25 de Outubro.

¹⁹¹ Em especial no âmbito bancário as CCG são utilizadas pelos bancos para definir todo o quadro contratual em que se prevê o desenrolar da relação bancária. Considerando a usual posição de domínio da entidade bancária face ao outro contraente, a supressão do poder negocial deste último pode dar azo a um terreno propício à consagração de cláusulas obscuras, maleáveis e abusivas. Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.692; e Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 33.

¹⁹² Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, ob. cit., pág.422.

¹⁹³ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 247; e António Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 138.

¹⁹⁴ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.898.

¹⁹⁵ Cfr. António Menezes Cordeiro, Direito Bancário, Ob. cit., pág.503; e Manuel Ataíde Ferreira e Luís Silveira Rodrigues, Cláusulas Contratuais Gerais, anotações ao diploma, Lisboa, DECO, 2011, pág. 24.

comerciantes e bancos existe uma relação de superioridade económica destes últimos que fundamentam a tutela pela LCCG.¹⁹⁶⁻¹⁹⁷

Deixando de parte os contratos de grande envergadura em que não se aplicam as normas da LCCG, temos que analisar a admissibilidade da *cross default* separando as relações entre empresários ou entidades equiparadas e as relações com consumidores finais, mas em primeiro lugar vamos abordar as disposições comuns aos dois tipos de relações.

Uma primeira tutela da LCCG à *cross default* prende-se com os deveres de comunicação e informação associados à inclusão de CCG em contratos¹⁹⁸. Com efeito, os artigos 5.º e 6.º da LCCG obrigam a um real e efetivo dever de comunicação e de informação¹⁹⁹, cuja violação será cominada com a exclusão da cláusula do contrato nos termos do artigo 8.º do mesmo diploma. Deste modo, a inclusão de uma cláusula de *cross default* não comunicada nos termos legais à contraparte ter-se-á como não escrita e, consequentemente, vigora em seu lugar quaisquer normas legais supletivas aplicáveis. A ocorrer tal situação, o predisponente pode obter resultados consideravelmente diferentes dos pretendidos.²⁰⁰

Um outro problema que se terá que ter em atenção aquando da redação e apresentação das cláusulas padronizadas é o facto de o legislador ter tido a consciência de que haveria de fiscalizar diretamente o conteúdo das próprias cláusulas contratuais gerais. Tendo em vista esse objetivo, concretizou-o de duas formas. Por um lado, impôs a sanção da nulidade para certo tipo de cláusulas que expressamente proíbe, definindo, em abstrato, as cláusulas vedadas (artigo 15.º a 22.º da LCCG).²⁰¹ Por outro lado, o legislador consagrou uma ação inibitória com finalidades preventivas, que opera através da prévia

¹⁹⁶Na mesma ótica de pensamento e reconhecendo a submissão das cláusulas de garantia e segurança à LCCG *vide* Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.689 e ss.

¹⁹⁷ Contrariamente, Joana Pereira Dias não reconhece a ampla aplicação das CCG. A autora fala de uma aplicação meramente residual do diploma das CCG. No entanto, acaba por afirmar que mesmo que a LCCG não seja aplicável, “a mesma constitui um elemento imprescindível para o controlo do conteúdo dos contratos por via da remissão para a boa-fé, bem como para a interpretação e aplicação de determinados conceitos indeterminados. Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 899 e ss

¹⁹⁸ Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.690; e Joaquim de Sousa Ribeiro, ob. cit., pág. 368 e ss.

¹⁹⁹ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 24-26; António Menezes Cordeiro, Direito Bancário, ob. cit., pág.505; Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, vol. I, ob. cit., pág.31-32; Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 265; António Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 139 e ss; Ana Prata, ob. cit., pág. 206-257; e Ana Filipa Moraes Antunes, ob. cit., pág. 83-157.

²⁰⁰ Cfr. Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.692.

²⁰¹ Cfr. José de Oliveira Ascensão, Cláusulas Contratuais Gerais, ob. cit., pág. 581 e ss; Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 37-54; e Ana Prata, ob. cit., pág. 323-571.

proibição judicial feita independentemente de situações concretas (artigo 25.º da LCCG).²⁰² Esta funciona como um processo abstrato de controlo destinado a erradicar dos contratos as cláusulas nulas, independentemente da sua inclusão em contratos singulares, por forma a assegurar a proteção do consumidor contra abusos da posição dominante.²⁰³ As proibições são diferentes, “mais envolventes e cuidadosas, no primeiro caso e mais expeditas (embora nunca automáticas) no segundo caso.”²⁰⁴

4.3.1. Sistema de proibições

O legislador adotou essencialmente o modelo alemão, enumerando uma série de cláusulas que proíbe em termos absolutos, ao lado de outras cuja proibição é relativa.²⁰⁵ Todavia, a LCCG não teria grande utilidade se não concretizasse, em moldes concretos e materiais, as cláusulas que considera proibidas. Assim, como vimos, consagrou-se na LCCG uma distinção que contrapõe as relações com empresários (artigo 17.º e ss) e as relações com consumidores finais (artigo 20.º e ss). Esta distinção tem uma dupla função. Por um lado permite efetivar uma proteção diferenciada, adaptando as suas normas à natureza do aderente. Por outro, deixa claro que a lei portuguesa dispensa uma proteção geral, distinguindo-se da lei alemã.²⁰⁶ Com efeito, no domínio comercial, as CCG são utilizadas sobretudo por grandes empresas nas suas relações com pequenos empresários que merecem proteção.²⁰⁷

Segundo Menezes Cordeiro, a LCCG adotou um sistema onde “isolou as disposições comuns por natureza aplicáveis a todas as relações”. Por outro lado, “elencou determinadas proibições relativas às relações entre empresários ou entidades equiparadas” e ainda, no que toca às relações com consumidores finais, “a lei determinou a aplicação de todas as proibições já cominadas para as relações entre empresários, e além

²⁰² Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, ob. cit., pág.423; António Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 143; Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 271 e ss; e Ana Prata, ob. cit., pág. 592-605.

²⁰³ Cfr. Acórdão Tribunal da relação de Lisboa de 12/07/2012, relator: Maria do Rosário Morgado, pág.22.

²⁰⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, ob. cit., pág.423.

²⁰⁵ Cfr. António Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 143-144; e Ana Prata, ob. cit., pág. 132, 477-571.

²⁰⁶ A lei alemã não se aplica entre comerciantes por entender que estes são mais informados e que podem agir livremente no seio da sua autonomia privada. A lógica portuguesa é a de deixar às partes, quando se trate de relações entre empresários, uma maior autonomia, apenas se prevenindo que estas se exonerem das responsabilidades que lhes caibam. Por outro lado, nas relações com consumidores pretendeu-se que para além da intangibilidade da responsabilidade, se asseguravam outros dispositivos de proteção. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, ob. cit., pág.448; e Joaquim de Sousa Ribeiro, ob. cit., pág.400 e ss.

²⁰⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, Ob. cit., pág.512-513.

disso, prescreveu novas proibições”.²⁰⁸ Um outro aspeto importante tem que ver com a estrutura das CCG proibidas que assenta numa contraposição entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas.²⁰⁹ Nas primeiras, não podem ser incluídas em contratos através do mecanismo de adesão (artigos 18.º e 21.º da LCCG).²¹⁰ Já as segundas apresentam-se suscetíveis de serem válidas para certos contratos e não para outros, tendo por base um juízo valorativo suplementar. Este é realizado em face das próprias cláusulas, analisadas no seu conjunto e de acordo com os interesses ou padrões visados pela LCCG.²¹¹ Ou seja, cabe aqui fazer um juízo sobre se certa cláusula é ou não excessiva tendo em conta todo o programa contratual.

No que diz respeito à cláusula de *cross default* a sua validade num contrato padronizado depende de dois fatores. Em primeiro lugar, temos que ver se o aderente consiste num comerciante ou num consumidor final. Com efeito, a LCCG apenas limita a liberdade de estipulação nesta matéria quanto às relações com consumidores finais uma vez que nem o artigo 18.º nem o 19.º limitam a estipulação contratual do vencimento antecipado ou da resolução. Assim, podem as partes estipular o que entenderem dentro dos limites da autonomia privada. Por outro lado, o segundo fator tem que ver com o facto de nas relações com consumidores os artigos 22.º, nº1, al. b) e al.l) indicarem que são relativamente proibidas as cláusulas que permitam a quem as predisponhas “denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção” e as que “imponham antecipações de cumprimento exageradas”.

Perante estas proibições, temos que ter em conta que sendo cláusulas relativamente proibidas podem estas ainda ser válidas tendo em conta aquilo que dissemos *supra*. Todavia, temos sempre que ter em atenção que a cláusula de *cross default* não pode conter um elenco de situações demasiado vago que a acionam, consubstanciando, por exemplo, uma resolução sem motivo justificado, que, a ocorrer, implicará a sua exclusão do clausulado contratual.²¹² Assim, devem as partes densificar os factos que acionam a cláusula e não remeter meramente para uma cláusula de “*events of default*”.

²⁰⁸ António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, ob. cit., pág.449.

²⁰⁹ Cfr. idem.

²¹⁰ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, ob. cit., pág. 251-321.

²¹¹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 268; António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, ob. cit., pág.449; e Ana Filipa Morais Antunes, ob. cit., pág. 321-336.

²¹² Cfr. Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, ob. cit., pág. 81 e 163-164; e Sérgio Coimbra Henriques, ob. cit., pág.693.

Em suma, somos defensores da admissibilidade da cláusula de *cross default* nas relações entre comerciantes, mas relativamente aos consumidores finais esta tem que ser analisada caso a caso, tendo em conta o contrato no seu conjunto, para determinar se está ou não abrangida pela proibição do artigo 22.º, nº1, al. b) da LCCG. Assim, a grande importância da LCCG no que concerne à cláusula de *cross default* é a de tutelar a posição do aderente, impedindo que o predisponente abuse da sua supremacia económica. Não obstante a opinião sobre a admissibilidade da *cross default* à luz da LCCG, o que deve ser realçado é que este diploma legal “constitui um elemento imprescindível para o controlo do conteúdo dos contratos por via da remissão para a boa-fé, bem como para a interpretação e aplicação de determinados conceitos indeterminados.”²¹³⁻²¹⁴

4.4. Jurisprudência portuguesa

A jurisprudência portuguesa não é muito vasta no que diz respeito à cláusula de *cross default*. Com efeito, apenas quatro acórdãos da Relação de Lisboa e um do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) é que analisaram a questão da admissibilidade da referida cláusula.

Começando pelos acórdãos dos Tribunais da Relação, podemos dizer que versam sobre questões diferentes. A Relação de Lisboa nos seus acórdãos de 12/07/2012 (Maria do Rosário Morgado)²¹⁵ e 18/10/2012 (Maria Manuel Gomes)²¹⁶, que abordam relações contratuais com recurso a CCG em que o aderente é um consumidor, declararam nulas as cláusulas de *cross default* nas modalidades de cláusula de vencimento antecipado e de cláusula resolutiva. A fundamentação apresentada tem por base o facto de as cláusulas em apreço permitirem o acionamento da cláusula motivado por situações de incumprimento quer da obrigação principal, quer de obrigações acessórias e mesmo face a ocorrência de situações totalmente alheias ao contrato. Perante a generalidade, indeterminação e desequilíbrio em desfavor do aderente, entende o tribunal nestes dois acórdãos que estes contratos consubstanciam uma clara violação dos princípios da boa-fé e, como tal, geradores da nulidade dos mesmos face ao disposto nos artigos 12.º, 15.º e

²¹³ Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.900.

²¹⁴ A remissão feita para a boa-fé no artigo 15.º e as concretizações do artigo 16.º da LCCG, corresponde a delegar no juiz o poder de, perante a cláusula em concreto, concretizar os valores gerais do sistema. Com efeito, a Ciência do Direito dispõe, nos dias de hoje, de meios para concretizar conceitos indeterminados. Deste modo, aquilo que as alíneas do artigo 16º consagram são duas concretizações da boa-fé: a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente. Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, ob. cit., pág.451 e ss; e Joaquim de Sousa Ribeiro, ob. cit., pág. 542 e ss.

²¹⁵ Disponível em: <http://goo.gl/jGUO7N>

²¹⁶ Disponível em: <http://goo.gl/LI0qWh>

16.º da LCCG. Em nossa opinião, a posição do tribunal face a estes dois contratos é correta, uma vez que o aderente se trata de um consumidor e nas relações entre este e uma instituição de crédito, existindo claramente uma necessidade de uma tutela acrescida. Com efeito, como defendemos anteriormente, nas relações com consumidores, a *cross default* não pode conter um elenco de situações desproporcionadas e desequilibradas que consubstanciem uma violação do princípio da boa-fé, tal como ocorre nestes dois contratos.

Num outro acórdão da relação de lisboa de 24/02/2015 (Isabel Fonseca)²¹⁷ não está em causa a admissibilidade da *cross default* mas sim a graduação de um crédito, no âmbito de uma insolvência, proveniente de um contrato com uma cláusula como a que estamos a analisar. Neste acórdão o tribunal entendeu que a *cross default* não consiste numa garantia especial pelo que o crédito deve ser graduado como comum. Este entendimento vai de encontro ao que dissemos sobre a natureza jurídica da cláusula, ou seja, que esta consubstancia uma garantia especial atípica que visa apenas garantir conteúdo útil da garantia patrimonial e efetivar o princípio da *par conditio creditorum*. Não tendo, desta forma, o intuito de privilegiar os créditos resultantes do contrato perante uma situação de insolvência.

Noutro acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/10/2014 (Eduardo Oliveira Azevedo)²¹⁸ este entendeu que num contrato de locação financeira não é admissível uma cláusula resolutiva que convencie como factos atributivos do direito de resolução outros para além dos enumerados na lei. O tribunal entendeu que esta limitação à liberdade contratual, com base no princípio da boa-fé e no critério geral do abuso do direito, levam à desconsideração da cláusula e ao afastamento da sua aplicação. Para além disso, diz o tribunal que a resolução do contrato tem que ter em conta os artigos 802.º, nº 2 e 808.º.

Todavia, foi intentado recurso de apelação para o STJ, que se pronunciou no acórdão de 17/11/2015 (Fernandes do Vale)²¹⁹, em que revogou o acórdão da Relação de Lisboa de 23/10/2014 por entender que ao lado da resolução de fonte legal configura-se o direito de resolução de origem convencional (artigo 432.º, nº1 do CC), emergente da autonomia privada, no âmbito da plena liberdade contratual das partes veiculada pelo artigo 405.º do

²¹⁷ Disponível em: <http://goo.gl/aDbH9e>

²¹⁸ Disponível em: <http://goo.gl/iOK8Tl>

²¹⁹ Disponível em: <http://goo.gl/O1sm2e>

CC. Com efeito, o tribunal entende que a cláusula resolutiva expressa é aquela em que as partes convencionam que se ocorrer determinado facto, uma delas terá o direito potestativo de resolver o contrato. Assim, com base no artigo 432.º, nº1 do CC pode a parte que tenha o direito de resolver, exercer esse mesmo direito mediante declaração unilateral à outra parte quando verificado o incumprimento estipulado contratualmente. Deste modo, não é necessário percorrer o “*iter* jurídico que, no caso da resolução legal, converte a simples mora em incumprimento definitivo, ou ver consumada a perda do interesse do credor na efectivação da prestação em falta (artigo 808.º do CC) ”.

Todavia, o tribunal reconhece que apesar das partes definirem e aceitarem a gravidade do facto fundante do direito de resolução, subtraindo a tendencial valoração judicial, não é permitido que a cláusula faça tábua rasa de limitações fundamentais. Deste modo, a resolução não pode ser fundada em factos tao insignificantes que entre em conflito com o princípio da boa-fé contratual, cabendo ao tribunal pugnar pela salvaguarda e preservação de princípios que limitam ou corrigem a própria autonomia privada, como o princípio da proporcionalidade e o princípio da inexigibilidade. Por fim, o tribunal afirma que desde que a cláusula não se reporte a um incumprimento genérico ou em branco, não se mostra, de modo algum, ofensiva dos limites previstos no artigo 405.º, nº1 do CC”.

Do nosso entender, o STJ adotou a posição correta, fazendo revogar a decisão do Tribunal da Relação. Com efeito, a cláusula de *cross default*, no caso estipulada como cláusula resolutiva expressa, não só tem cabimento no nosso ordenamento jurídico, como representa uma importante manifestação da vontade das partes no afastamento do regime supletivo da resolução, dando relevo a factos que maior sentido fazem na ótica do contrato. No entanto, já alertámos para os limites que a *cross default* deve apresentar, tendo esta que ter em conta o contrato onde se insere e discernir os limites que são suficientemente graves na economia deste para determinar a resolução do mesmo.

4.5.Cláusula de *waiver*

Nos contratos de cariz internacional é usual a inserção de uma cláusula de *waiver*, que consiste na possibilidade de o mutuante relevar um incumprimento atual ou em vias de ocorrer, ou modificar a disposição contratual que está ou que vai ser violada. Na prática trata-se de uma forma de o mutuante renunciar ao direito de exigir antecipadamente a prestação ou de declarar resolvido o contrato.²²⁰ Deste modo, se o mutuário ainda for

²²⁰ Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit., pág.976.

merecedor de confiança por parte do credor²²¹, não obstante o incumprimento, este pode lançar mão de um *waiver* e, por exemplo, não relevar como geradores de incumprimento certas faltas contratuais durante determinado período de tempo.

Todavia, associados à concessão de *waivers* por vezes encontramos situações em que o credor exige certas condições e cessões por parte do devedor. Este, interessado que o credor não releve o incumprimento, cede informações ou poderes ao credor. Tal pode originar situações em que o devedor fique, como veremos na parte II, refém do controlo do credor.²²²

²²¹ Cfr. Keith Clark e Andrew Taylor, ob. cit., pág. 15.

²²² Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de Corporate Finance, Reimpressão da 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 133.

Parte II
CAPÍTULO V
O CONTROLO SOCIETÁRIO PELO CREDOR

5.1. O problema

A cláusula de *cross default* apresenta-se como um mecanismo de tutela das expectativas do credor, funcionando como uma forma de proteger o seu investimento. Tendo em conta a análise realizada na parte I, podemos facilmente determinar que o poder conferido ao credor pode ser bastante intenso se tivermos em conta que um devedor economicamente ativo detém, ao mesmo tempo, diversos débitos.²²³

Deste modo, em qualquer mútuo existe sempre o risco do incumprimento. À medida que o risco aumenta, a expectativa de retorno do investimento decresce. A taxa de juro do empréstimo, que inclui a taxa de juros e os custos de transação, deve ser adequada para trazer a rentabilidade esperada. De forma a manter as taxas de juro a níveis que atraiam os mutuários, os credores devem tentar controlar os riscos associados aos empréstimos. Com efeito, o credor pode controlar os riscos antes de celebrar o contrato de duas maneiras. Em primeiro lugar, o empréstimo pretendido é avaliado tendo em conta o risco a este inerente, sendo rejeitado se o retorno esperado não se mostrar claramente suficiente. Por outro lado, e em segundo lugar, o credor pode incluir cláusulas no contrato de mútuo que reduzam o risco de perda do investimento. Essas cláusulas representam direitos que o credor deve deter como contrapartida de emprestar dinheiro a uma taxa de juro em concreto.²²⁴ Uma dessas cláusulas, que tem com o propósito de gestão do risco, é, como vimos, a cláusula de *cross default*.

No entanto, existindo um incumprimento da cláusula, o credor pode ter todo o interesse em não relevar o incumprimento, abdicando do seu poder de antecipar ou resolver o contrato por intermédio de um *waiver*.²²⁵ Contudo, este, na grande maioria das vezes, não vai querer conceder o *waiver* de forma gratuita ou sem nenhuma contrapartida.

Assim, ocorre um fenómeno que é frequente na prática comercial, permitindo-se, por esta via, a ingerência do credor na vida societária do devedor, criando-se uma relação de

²²³ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. X, ob. cit., pág. 276.

²²⁴ Cfr. James R. Borders, The Growth of Lender Liability: An Economic Perspective, in Georgia Law Review, Vol. 21, Issue 3, 1987, pág. 745.

²²⁵ Como vimos anteriormente, o vencimento antecipado ou a resolução do contrato não opera de forma automática, pelo que o credor pode utilizar o incumprimento do devedor como forma de ameaça.

especial proximidade.²²⁶ Esta pode conter apenas a monitorização das finanças do devedor ou consistir em níveis de maior intensidade, como o poder de realizar auditorias à sociedade devedora ou o poder de vetar nomeações para órgãos sociais da mesma. O desejo que os credores têm de proteção faz com que, frequentemente, imponham várias condições sobre a atividade do devedor que podem gerar situações de controlo interempresarial.²²⁷ Como fundamento da sua ingerência, o credor invoca o direito que tem a defender e preservar os seus interesses, nomeadamente, o cumprimento do contrato de mútuo pelo devedor.²²⁸

Esta situação faz surgir a necessidade de diluir a tradicional distinção entre proprietários e não proprietários da empresa, em que os primeiros detêm o controlo societário e os segundos não. Com efeito, cada vez menos se pode afirmar que os credores são financiadores silenciosos e passivos²²⁹, o seu conhecimento dos assuntos societários e o poder de influência que detêm pode ser determinante para condicionar a vida societária do devedor. Como veremos, este poder adquirido pelo credor pode resultar na configuração deste como credor controlador. Deste modo, impõe-se uma tutela desta factualidade, havendo uma carência no que toca às formas de responsabilidade do credor perante a sociedade e perante outros credores sociais.

Com efeito, a relevância jurídica deste problema é óbvia, o controlo excessivo e por vezes abusivo do credor sobre a sociedade devedora pode levar a que este seja comparado ao acionista controlador²³⁰. Dado que usualmente o credor é uma instituição bancária que detém interesses próprios, não é difícil concluir que podem ocorrer situações de perigo para a sociedade devedora, bem como para os seus acionistas e demais credores, podendo

²²⁶ Joanna Benjamin, ob. cit., pág. 170, menciona que, para além de mitigarem o risco de crédito, os *covenants* atribuem poder ao credor.

²²⁷ Cfr. William H. Lawrence, Lender Control Liability: An Analytical Model Illustrated with Applications to the Relational Theory of Secured Financing, in Southern California Law Review, Vol. 62, Issue 5, 1989, pág. 1390.

²²⁸ Uma das vantagens desta ingerência é o facto de o credor passar a ter acesso direto (quando assim seja previsto) às contas da sociedade e saber em tempo real da existência de incumprimentos relevantes para acionar a cláusula de *cross default*, ultrapassando em certa medida o problema do acesso à informação como referimos *supra* 2.6.

²²⁹ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?, in Revista de Direito das Sociedades, Ano I, Numero 1, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 96.

²³⁰ Cfr. Jeffrey John Hass, Insights Into Lender Liability: An Argument for Treating Controlling Creditors as Controlling Shareholders, in University of Pennsylvania Law Review, Vol. 135, Issue 5, 1987, pág. 1345 e ss; e Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 111.

essas situações ser idênticas ao perigo do grupo.²³¹ Como abaixo se verá, estas situações têm originado inúmeros pedidos de responsabilização dos credores.²³²

Não é demais lembrar que uma empresa que se depara com uma situação como a descrita teve que incumprir uma determinada obrigação contratual, sendo que está provavelmente numa frágil situação económica. Deste modo, pode não ter possibilidade de proceder ao pagamento do empréstimo (caso o credor o antecipe), vendo-se forçada a concordar com as exigências do credor.²³³

5.2. O controlo do credor através dos *covenants*

Os *covenants* são disposições contratuais que limitam a atuação da sociedade devedora para que esta preserve a sua situação financeira e económica ao longo da execução do contrato.²³⁴ Usualmente divididos em positivos ou negativos²³⁵, estes podem incluir limitações ao nível do endividamento da sociedade, restrições ao pagamento de dividendos, bem como limitações à faculdade da sociedade dispor dos seus ativos ou de proceder a mudanças relevantes no seu objeto negocial.²³⁶ Assim, tendo como intuito garantir que o mutuário possui recursos suficientes para cumprir com as suas obrigações perante o credor, a sua credibilidade e a possibilidade que tem de adotar condutas lesivas contra este determina o grau de utilização dos *covenants*, bem como a forma de como são escritos.²³⁷

A ingerência e/ou controlo societário de que em cima falámos são veiculados frequentemente através dos *covenants*, sendo as cláusulas de *events of default* e em concreto a cláusula de *cross default* uma das modalidades apontadas pela doutrina.²³⁸ No entanto, para aquilo que agora nos interessa o relevo deve assentar nas outras modalidades de *covenants* que são inseridos no contrato quando o devedor incumprir um contrato com terceiro e o credor em vez de ativar a *cross default* concede um *waiver* e negocia a sua inclusão destes. Assim, a inclusão destas cláusulas permitem ao credor determinar

²³¹ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 97.

²³² Cfr. infra 5.4.

²³³ Cfr. Raquel Capa de Brito, A Ingerência do Credor Controlador no Governo Societário – Consequências e mecanismos de restabelecimento do equilíbrio entre as partes, 2011, pág. 6, disponível em: http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15694/1/Tese_Raquel_Brito.pdf

²³⁴ Cfr. Andrew McKnight, ob. cit., pág. 149.

²³⁵ Cfr. Richard A. Brealey e Stewart C. Myers, Principles of corporate finance, 4ª ed., Nova Iorque, McGraw-Hill, 1991, pág. 601-604.

²³⁶ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 103.

²³⁷ Cfr. Jeffrey John Hass, ob. cit., pág. 1325-1326; e Andrew McKnight, ob. cit., pág. 149.

²³⁸ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de Corporate Finance, ob. cit., pág. 97.

contratualmente a condução dos assuntos sociais do devedor confrontado com dificuldades financeiras.²³⁹

Se para a inclusão da cláusula de *cross default* dissemos²⁴⁰ que o seu grande objetivo seria o de garantir o princípio da *par conditio creditorum*, pugnando pela a igualdade dos credores no acesso ao património do devedor, então qual será o objetivo dos credores em inserir nos contratos outros *covenants*? De forma geral, já antecipámos em cima a resposta a esta questão, no entanto torna-se imperativo a análise dos perigos existentes que originam a necessidade do credor proteger os seus interesses. Uma justificação é nos dada pela teoria da agência²⁴¹ que assenta na premissa de que existem incentivos para que os administradores ajam no interesse dos acionistas, o que leva a um aumento do risco de comportamentos potencialmente nocivos para os interesses dos credores.²⁴²

Os acionistas participam nos ganhos e perdas da sociedade, sendo variável a remuneração do seu investimento, uma vez que esta está dependente da capacidade da sociedade gerar lucros possíveis de serem distribuíveis sob a forma de dividendos. Já os credores mutuantes têm a sua remuneração fixada na taxa de juro que acordaram aquando da celebração do contrato de mútuo. Deste modo, o credor não vê essa remuneração aumentar, por via de regra, em função do sucesso do devedor, nem vê a sua situação deteriorar-se com prejuízos deste a não ser que os maus resultados sejam o anteceder de uma situação de insolvência. Em suma, “enquanto que o acionista está sujeito ao risco da atividade da empresa, cujo desempenho oscila (...), o credor está apenas sujeito ao risco de insolvência”.²⁴³ Por outro lado, em caso de liquidação da sociedade devedora o credor é sempre pago antes do acionista que será o ultimo a reaver o seu investimento (arts. 146.º e ss do CSC).

²³⁹ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 102.

²⁴⁰ Cfr. supra 2.3.

²⁴¹ A teoria dos custos de agência visa explicar que a divergência entre os incentivos do agente face as incentivos do principal origina um problema do qual decorrem necessariamente custos. Estes, considerados custos de agência, são associados ao exercício de discricionariedade pelo agente sobre os bens do principal. Ou seja, o problema consiste nos custos inerentes à motivação de certa pessoa atuar nos interesses de outrem. Cfr. José Ferreira Gomes, Da Administração à Fiscalização de Sociedades, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 32 e ss; Michael C. Jensen e William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=94043>.

²⁴² Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 105.

²⁴³ Francisco Pinto da Silva, A influencia dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade, in Direito das Sociedades em Revista, Vol. 12, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 234.

Além disso, os credores não possuem, tendo em conta o direito societário, uma posição ativa e relevante na estrutura societária do devedor, não dispondo de meios capazes de influenciar ou fiscalizar o órgão de administração.²⁴⁴ Assim, também os credores suportam custos de agência decorrentes da uma gestão da sociedade devedora alinhada com os interesses dos acionistas que podem não coincidir com os seus. Tal facto leva ao surgimento de conflitos de interesses entre acionistas e credores.²⁴⁵

De modo geral, os mutuantes empregam vários mecanismos de controlo de forma a protegerem-se contra duas situações que podem surgir após a celebração do contrato. Em primeiro lugar, a saúde financeira do devedor pode piorar após a maturidade do empréstimo. Tal decréscimo é sempre possível mesmo que as operações do devedor sejam suficientemente estáveis durante o decorrer do empréstimo. Assim, a existência de mecanismos de controlo adequados atribuem ao credor a faculdade de proteger os seus interesses no caso de o devedor enfrentar adversidades económicas. Em segundo lugar, o devedor pode agir de forma prejudicial aos interesses do credor devido a um conjunto variável de razões, mas, em especial, essas atuações são consequências decorrentes de alterações das condições de mercado.²⁴⁶

De forma geral, a doutrina tem apontado como geradores de conflito entre acionistas e credores financeiros a distribuição de dividendos, a constituição de novas garantias, a substituição de ativos, o investimento excessivo e o subinvestimento.²⁴⁷ Este conflito será agravado quanto maior for a proximidade da sociedade com a situação de insolvência. Nessa altura, a sociedade estará mais disposta a correr riscos na tentativa de realizar um negócio bem-sucedido, uma vez que pouco terá a perder. No entanto, se este se mostrar ruinoso a sociedade pode ficar insolvente, vendo o credor a sua posição ser afetada.²⁴⁸

²⁴⁴ Cfr. Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen, Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance, in University of Pennsylvania Law Review, Vol. 154, Issue 5, 2006, pág. 1215.

²⁴⁵ Cfr. Francisco Pinto da Silva, ob. cit., pág. 234.

²⁴⁶ Cfr. Jeffrey John Hass, ob. cit., pág. 1323.

²⁴⁷ Cfr. Michael Bradley, Michael R. Roberts, The Structure and Pricing of Corporate Debt Covenants in Quarterly Journal of Finance, Vol. 5, Nº 2, 2015, pág. 5, disponível em: <http://www.worldscientific.com/doi/pdf/10.1142/S2010139215500019>; William W. Bratton, Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process, European Business Organization Law Review, Forthcoming; Georgetown Law and Economics Research, pág. 6, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=902910>; Daniel R. Fischel, The Economics of Lender Liability, Yale Law Journal, Vol. 99, Issue 1, 1989, pág. 134; e Paulo Câmara, O Regime Jurídico das Obrigações e a Proteção dos Credores Obrigacionistas, in Direito dos Valores Mobiliários, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 325.

²⁴⁸ Cfr. Klaus M. Schmidt, The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection, pág. 88-89, disponível em : <http://www.et.econ.uni-muenchen.de/personen/professor/schmidt/publikationen/papers/creditorprotect.pdf>

Perante o desalinhamento de interesses, é compreensível que os credores, nomeadamente as instituições financeiras, encetem esforços na procura de soluções que lhes permitam influenciar as decisões de gestão da sociedade devedora. Assim, surgem os *covenants* para reduzir, por via contratual, os custos de agência inerentes ao seu investimento, tendo como objetivo garantir a solvabilidade da sociedade para que esta mantenha, tanto quanto possível, as circunstâncias que estiveram na base da decisão de conceder o financiamento.²⁴⁹ Deste modo, o credor mutuante adquire um poder que lhe permite influenciar a capacidade de decisão da sociedade devedora, sendo esse poder tão ou mais intenso que o exercido pelos acionistas, originando a necessidade de diluir a distinção clássica entre financiamento interno e externo.²⁵⁰ Daí que se fale, frequentemente, em “*loaning to own*”.²⁵¹

5.2.1. Tipos de *covenants* mais comuns

A doutrina tem avançado com uma enumeração, não exaustiva, de tipos e exemplos de *covenants* utilizados no comércio jurídico. Para além das já mencionadas cláusulas de garantia e segurança²⁵², são tidos como comuns os *covenants* financeiros, os que obrigam a deveres de prestação de informação, os que impõem restrições ao investimento, ao financiamento e à disposição de ativos, incluindo a distribuição de dividendos, bem como os que obrigam que certas alterações relevantes da sociedade devedora careçam de aprovação prévia do credor.²⁵³

Os *covenants* financeiros obrigam o devedor a respeitar determinados índices financeiros orientados para assegurar a solvabilidade da sociedade.²⁵⁴ Estes consistem em orientações disciplinadoras da política financeira desta, de forma a condicionar a sua gestão.²⁵⁵ Por outro lado, o dever de prestar informações exige que a sociedade devedora ceda à credora toda a informação contabilística relevantes para a monitorização da

²⁴⁹ Cfr. Francisco Pinto da Silva, ob. cit., pág. 236.

²⁵⁰ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 107; Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen, ob. cit., pág. 1217; Michelle M. Harner, The Corporate Governance and Public Policy Implications of Activist Distressed Debt Investing, in Fordham Law Review, Vol. 77, Issue 2, 2008, pág. 717; e Francisco Pinto da Silva, ob. cit., pág. 236.

²⁵¹ Michelle M. Harner, ob. Cit., pág. 714.

²⁵² Cfr. Joana Pereira Dias, ob. cit. pág. 879-1029.

²⁵³ Sobre os tipos de *covenants* cfr. William W. Bratton, ob. cit., pág. 8 e ss; Andrew McKnight, ob. cit., pág. 149-151; Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 103-104; Francisco Pinto da Silva, ob. cit., pág. 238-240; e Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 14-15.

²⁵⁴ Cfr. Joanna Benjamin, Financial Law, Oxford, Oxford University Press, 2007, pág. 166.

²⁵⁵ Cfr. Agasha Mugasha, ob. cit., pág. 239 e 240. A autora analisa as definições sobre *covenants* financeiros divulgadas pela LMA.

sociedade, bem como a comunicação de qualquer evento que possa ter reflexo no risco do crédito. Já as restrições ao investimento, ao financiamento e à disposição de ativos visam acautelar os investimentos arriscados, a diluição do crédito do mutuante num cenário de insolvência e impedir a diminuição do património societário, visando também evitar uma maior alavancagem financeira.²⁵⁶ Por fim, a limitação de alterações relevantes visam manter as condições de identidade da sociedade devedora que o credor considerou determinantes para celebrar o contrato, como por exemplo o objeto social.

5.3. Licidade dos *covenants*

Tendo como ponto de partida o que dissemos *supra* sobre a licitude das cláusulas de *cross default*, cumpre fazer agora uma nota sobre a licitude dos restantes convénios. Assim, deve ser chamado, uma vez mais, à colação o princípio da autonomia privada (artigo 405.º do Código Civil). Este confere às partes, dentro de certos limites, a possibilidade de inserirem no contrato as cláusulas que entendem que melhor zelam pelos seus interesses.²⁵⁷ Dado que os credores possuem uma vasta experiência negocial, nomeadamente no que concerne aos problemas que usualmente surgem dos contratos, encontram-se na melhor posição para acautelarem os seus interesses.

Assim, não deve rejeitar-se, *à priori*, a admissibilidade destes contratos, sem prejuízo da necessária verificação, caso a caso, da compatibilidade das cláusulas em análise com o regime legal. Estas são, “na sua configuração típica, lícitas”, dado que não excedem os limites da autonomia privada e, por outro lado, regem, como vimos, interesses legítimos de ambas as partes.²⁵⁸ Além disso, como refere Ana Perestrelo de Oliveira com a qual concordamos, mesmo que estas cláusulas atribuam de facto um poder de controlo sobre a administração não contrariam o Direito vigente. A autora refere apenas que existem “obvias lacunas regulatórias, mas que nem sequer são exclusivas da área onde agora nos

²⁵⁶ O *covenant* que limita a distribuição de dividendo tem vindo a ser questionado pela doutrina nacional. Esta entende que não é possível a uma cláusula contratual limitar a distribuição de lucros (artigo 294.º e 217.º). Com efeito, os artigos mencionados referem que não pode ser negada a distribuição de, pelo menos, metade dos lucros distribuíveis. Porém, tal é possível se outra coisa resultar do pacto social ou de deliberação em assembleia geral tomada por maioria de três quartos do capital social. Assim, como refere Francisco Pinto da Silva, este género de *covenant* apenas pode funcionar como uma restrição à proposta do órgão de administração sobre distribuição de dividendos a inscrever no relatório de gestão (artigo 65.º, nº1 e 66.º, nº 5, al. f)). Cfr. Francisco Pinto da Silva, ob. cit., pág. 242; Paulo Câmara, ob. cit., pág. 336, nota 76; e Paulo de Tarso Domingues, anotação ao artigo 294.º do CSC, in Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. V, Coimbra, Almedina, 2012, pág.263.

²⁵⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, ob. cit., pág.39e ss; Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, vol. I, ob. cit., pág. 19 e ss.

²⁵⁸ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 110; e Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 16-17.

movemos”.²⁵⁹ Além disso, menciona a autora, “tendo em conta as vantagens económicas dos *covenants*, não se vê como defender, em termos paternalistas, uma genérica ilicitude dos *covenants* que importem, para o credor, poder de influência sobre a sociedade”.²⁶⁰

Contudo, o problema dos convénios que preveem a ingerência do credor na sociedade do devedor não passa pela licitude dos mesmos. Este surge quando o credor adota uma conduta oportunista na utilização dos mesmos, extravasando o razoável.²⁶¹ Daniel Fischel entende que ocorre um comportamento oportunista sempre que uma das partes tenta obter um benefício não previsto pelo acordo inicial seja de forma explícita ou implícita, em detrimento da contraparte.²⁶² Assim, o facto de existir uma conduta lesiva por parte do credor faz surgir a necessidade de encontrar formas de tutelar essas condutas.²⁶³

Todavia, antes de se dissertar sobre as possíveis formas de limitar as atuações abusivas do credor à luz do nosso ordenamento jurídico, impõem-se uma reflexão histórica sobre o assunto no ordenamento jurídico estado-unidense com ênfase nas soluções apresentadas neste ordenamento para a solução do problema do credor controlador.

5.4. Antecedentes da responsabilidade do credor

Esta forma de responsabilização do credor teve um grande desenvolvimento no ordenamento jurídico norte-americano, onde a crise dos anos 80 do século passado²⁶⁴ levou a que muitos devedores intentassem ações judiciais contra os seus credores. Esta onda de processos judiciais levou à criação de uma doutrina denominada de *lender*

²⁵⁹ Determinámos que do ponto de vista contratual as cláusulas em apreço são lícitas. Por um lado, também do ponto de vista societário nada parece obstar à influência do credor sobre a administração do devedor uma vez que estes são vistos como outsiders e não como insiders. Além disso, a lei societária no âmbito do controlo intersocietário apenas faz referência às relações de domínio ou às relações de grupo que, no entanto, não são aptas a resolver o problema em mãos. Por outro lado, a falta de consagração legal da administração de facto também não torna apto este mecanismo para resolver o problema da responsabilização da sociedade credora. Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 108 e ss; e Francisco Pinto da Silva, ob. cit., pág. 243-251. Deste modo, tal como Ana Perestrelo de Oliveira, entendemos existir uma lacuna que carece de ser preenchida.

²⁶⁰ Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 110.

²⁶¹ Cfr. Daniel R. Fischel, ob. cit., pág. 138; William H. Lawrence, ob. cit., pág. 1390; e Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 18.

²⁶² Cfr. Daniel R. Fischel, ob. cit., pág. 138.

²⁶³ Sobre o oportunismo nos contratos *vide* Timothy J. Muris, Opportunistic Behavior and the Law of Contracts, Minnesota Law Review, Vol. 65, Issue 4, 1981, pág. 521-590.

²⁶⁴ Sobre o surgimento da crise *vide* Yener Altunbas, Blaise Gadanecz e Alper Kara, Syndicated Loans, A Hybrid of Relationship Lending and Publicly Traded Debt, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2006, pág. 21 e ss.

liability. Sob a égide da ingerência prejudicial na vida societária do devedor muitos foram os credores condenados a indenizar os seus devedores.

Se antes do referido período os mutuários, perante dificuldades financeiras, se sentiam à mercê dos mutuantes, tendo medo que fosse declarado o incumprimento e que, subsequentemente, se seguisse a insolvência, na década de oitenta tudo mudou. Com efeito, o equilíbrio de poderes mudou e os mutuários começaram a retaliar e a ganhar processos judiciais contra os seus credores.²⁶⁵

A *lender liability doctrine* identificou várias condutas do credor que consubstanciam lesões para o devedor, estando estas na base das ações de responsabilidade contra o credor. Tendo em conta o tema que aqui nos prende, vamos focar-nos apenas na questão do controlo do credor e as teorias que desenvolveram à volta deste.²⁶⁶

O exato grau de controlo que um credor pode exercer sobre o seu devedor para proteger de forma lícita o seu investimento, foi objeto de grande debate na década de oitenta. Todavia, é inegável reconhecer que o credor tem o direito de impor condições adequadas com o fim de reforçar a segurança do seu investimento, aumentando, assim, a probabilidade de ser reembolsado. Como refere James P. Koch essa é a essência do negócio de empréstimos.²⁶⁷

A potencialidade de uma ação de responsabilidade surge quando o credor interfere ou exerce algum controlo sobre o devedor, usualmente sobre as suas operações negociais. O credor pode utilizar o controlo como forma de prevenir que o devedor entre em insolvência ou de forma a salvar o máximo possível do empréstimo na eventualidade deste ocorrer. Mesmo na ausência de uma erosão financeira, o credor exerce, frequentemente, controlo sobre o devedor como forma de o monitorizar e proteger os seus interesses. Tal como já referimos, o controlo pode ser manifestado sob variadas formas.

²⁶⁵ Cfr. Melissa Cassedy, *The Doctrine of Lender Liability*, *University of Florida Law Review*, Vol. 40, Issue 1, 1988, pág. 169.

²⁶⁶ Sobre a *lender liability doctrine* em geral cfr. James R. Butler, Jr, *Is Lender Liability Now Absolute Liability?*, *Western State University Law Review*, Vol. 15, Issue 2, 1988, pág. 595 e ss; John E. Sanchez, *Symposium: Lender Liability – Introduction*, *Western State University Law Review*, Vol. 15, Issue 2, 1988, pág. 577 e ss; Melissa Cassedy, *ob. cit.*, pág. 166-168; e James C. Wine, *Lender Liability under Iowa Law*, *Drake Law Review*, Vol. 39, Issue 3, 1989-1990, pág. 645 e ss (o autor foca-se na lei do estado do Iowa contudo faz referência a outros estados, bem como a análise dos casos mais relevantes).

²⁶⁷ Cfr. James P. Koch, *Bankruptcy Planning for the Secured Lender*, in *Banking Law Journal*, Vol. 99, Issue 9, 1982, pág. 799.

O credor pode adquirir o controlo de voto, pode participar no conselho de administração do devedor, ou interferir noutras relações contratuais do devedor.²⁶⁸

Se nos primórdios da *lender liability doctrine* as tentativas de responsabilização do credor falharam devido ao uso inapropriado das teorias, no final da década de oitenta já os mutuários tinham adaptado, de forma inovadora, uma miríade de teorias tradicionais para a “*lending industry*”. Estas teorias que impõem responsabilidade dependem do grau de controlo ou de interferência que é exercido sobre o mutuário, que vão desde aquelas que tutelam o mero potencial de exercício do controlo até às que requerem um completo domínio sobre o devedor.²⁶⁹

Todavia, existe um problema prévio ao da imputação de responsabilidade ao credor controlador. Este prende-se com a determinação do controlo.²⁷⁰ Para solucionar este problema a doutrina americana enveredou pela via da aplicação analógica de preceitos legais que tutelavam outras formas de controlo. Porém, essa via não foi bem-sucedida pois falhavam passos essenciais no processo de analogia, pelo que os tribunais recusavam a aplicação de tais normas. Tal facto levou William H. Lawrence a afirmar que a maioria da literatura sobre o assunto era analiticamente inadequada, principalmente devido à tendência geral para o tratamento do controlo como um conceito genérico e intermutável.²⁷¹

Assim, o autor pugnou pela aplicação de uma abordagem funcional da análise do conceito de forma a desenvolver melhorias qualitativas no mesmo. Antes de se proceder a uma aplicação rápida por analogia simplesmente porque a norma ou a regra proporciona uma concreta definição de controlo, deve-se analisar a função específica para a qual aquele conceito de controlo foi criado. Esta teoria requer uma abordagem caso a caso, de forma a identificar a conduta que cada lei procura promover ou inibir. Além disso, o autor propunha que uma análise legal significativa e apropriada requer uma explanação da relação entre o controlo e a responsabilidade, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso concreto.²⁷² Deste modo, aquilo que se adotou foi um conceito funcional de controlo ao invés da positivação de um conceito legal fixo.

²⁶⁸ Cfr. Melissa Cassedy, ob. cit., pág. 169-170.

²⁶⁹ Cfr. Ibidem, pág. 171- 172.

²⁷⁰ Sobre a dificuldade de definir o conceito de controlo cfr. J. Dennis Hynes, *Lender Liability: The Dilemma of the Controlling Creditor*, Tennessee Law Review, Vol. 58, Issue 4, 1991, pág. 638-639.

²⁷¹ Cfr. William H. Lawrence, ob. cit., pág. 1394

²⁷² Cfr. Ibidem, pág. 1391 e ss.

5.5. Teorias da imputação de responsabilidade ao credor controlador

Chegados a este ponto e já tendo apreendido a importância do tema em apreço cumpre analisar com maior detalhe as teorias que têm sido avançadas pela doutrina e pela jurisprudência. Como afirma Ana Perestrelo de Oliveira, a “licitude dos *covenants* não permite esconder a necessidade de encontrar mecanismos de limitação do poder dos credores controladores e de eventual responsabilização dos mesmos”²⁷³. Com este propósito, várias foram as teorias desenvolvidas ao longo dos anos que tentaram dar resposta ao problema da responsabilidade do credor. Deste modo, iremos proceder à análise de cada teoria individualmente e depois faremos uma tomada de posição.

5.5.1. Teoria da relação de agência

A aplicação da relação entre principal e agente é umas das primeiras teorias a ser aplicadas ao caso do credor controlador na relação com o seu devedor. Com efeito, os defensores desta teoria²⁷⁴ afirmam que o credor agiria como principal e o devedor como seu agente uma vez que este atua em nome e no interesse daquele. Deste modo, deveriam ser imputados os mesmos deveres de lealdade ao credor que são imputados ao principal de uma relação de agência. J. Dennis Hynes refere mesmo que o respeito pelos princípios emergentes da lei da agência tem mais vantagens do que desvantagens.²⁷⁵

No entanto, não somos da opinião que esta tese deva ser aceite. Com efeito, tendo em vista que o agente deve sempre seguir os interesses do principal, zelando pela defesa destes²⁷⁶, não concebemos a compatibilidade desta relação com a que se desenvolve entre credor controlador e devedor. Mesmo que se constate a existência de um poder de influência sobre o processo decisório da empresa financiada, esta encontrar-se-á, em última análise, vinculada ao seu próprio objeto social ou fim.²⁷⁷

Por outro lado, uma aplicação analógica do regime da agência não cumpriria o propósito de evitar que o credor encetasse condutas abusivas e oportunistas uma vez que

²⁷³ Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 111.

²⁷⁴ Cfr. J. Dennis Hynes, ob. cit., pág. 635-662; William H. Lawrence, ob. cit., pág. 1410 e ss. Ambos recorrem à secção 140 do “*Restatement (Second) of Agency*” o qual menciona que “*a creditor who assumes control of his debtor's business for the mutual benefit of himself and his debtor, may become a principal, with liability for the acts and transactions of the debtor in connection with the business*”.

²⁷⁵ Cfr. J. Dennis Hynes, ob. cit., pág. 668.

²⁷⁶ Cfr. António Pinto Monteiro, Contrato de Agência – Anotação, 7ª ed. Coimbra, Almedina, 2010, pág. 53-55.

²⁷⁷ Cfr. Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pág. 145 e ss; e Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 24.

a lei da agência protege e salvaguarda o seu interesse.²⁷⁸ Além do mais, podemos constatar que numa e noutra relação não está em causa o mesmo tipo de conflito de interesses, bem como de posições a salvaguardar.²⁷⁹ Por fim, na esteira de Pedro Pais de Vasconcelos, também se pode argumentar que a persecução de interesses alheios está vedado às sociedades, sempre que estes não correspondam aos seus próprios interesses.²⁸⁰

5.5.2. Teoria dos grupos de facto e da instrumentalidade

5.5.2.1. Grupos de Facto

A análise que fizemos até agora permite-nos perceber que estamos perante uma situação que, como sugere Ana Perestrelo de Oliveira, é análoga ao conflito do grupo²⁸¹ em sentido estrito.²⁸² Com efeito, afirma a autora, não se justifica uma distinção puramente formal entre “a posição daquele que exerce o controlo em virtude de participação social ou de contrato de subordinação” e daquele “que se encontra em situação análoga em virtude de contrato de financiamento ou de outro contrato civil ou comercial equivalente do ponto de vista dos efeitos”.²⁸³

Todavia, o Código das Sociedades Comerciais no artigo 486.º, nº2 limita-se elencar situações a que presume a existência de uma influência dominante, não consagrando um regime específico para os limites, forma ou consequências dessa influência.²⁸⁴ Além disto, também não é reconhecido o controlo de cariz económico como originador da relação de domínio à luz do mencionado preceito legal. Tal facto cria a necessidade de resolver os problemas respeitantes à proteção da sociedade controlada, dos seus acionistas, bem como de outros credores sociais.

²⁷⁸ Se olharmos para o artigo 6.º do Regime jurídico do Contrato de Agência, aprovado pelo Decreto-lei nº 178/86 de 3 de Junho, vemos que “o agente deve proceder de boa-fé, competindo-lhe zelar pelos interesses da outra parte”.

²⁷⁹ Cfr. Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 24, a autora avança ainda que mesmo que se admitisse que a relação credor controlador e devedor se aproxima substancialmente da relação de agência, as vantagens que daí decorrem seriam ainda assim difíceis de discernir.

²⁸⁰ Cfr. Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit., pág. 145; e Diogo Coelho, Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada aos *covenants* na responsabilidade dos Credores-Financiadores, in Revista de Direito das Sociedades, Ano VII, Números 3 e 4, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 816.

²⁸¹ Sobre este assunto vide Ana Perestrelo de Oliveira, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade - Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 406.

²⁸² Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 111.

²⁸³ Idem; e Phillip I. Blumberg, The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups, in Connecticut Law Review, Vol. 37, 2005, pág. 613.

²⁸⁴ Cfr. Francisco Pinto da Silva, ob. cit., pág. 246; Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de Grupos de Sociedades, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 41 e ss.

Assim, podemos concluir que o nosso sistema de grupos de sociedades apresenta situações lacunares. Deste modo, tendo em conta que o controlo económico é suscetível de originar uma relação de tal forma intensa e próxima entre as empresas, podemos falar em grupos de facto.²⁸⁵ Porém, o Código das Sociedades Comerciais deixou muito pouco espaço ou mesmo nenhum para tratar da questão da criação e institucionalização destes. Dado que este não contém normas semelhantes às do ordenamento jurídico alemão²⁸⁶, Ana Perestrelo de Oliveira conclui que, apesar dos contratos de financiamento serem idóneos para atribuir o controlo de facto, a inaplicabilidade do Direito positivo dos grupos, bem como as dificuldades de prova inerentes, impede que esta seja uma boa forma para resolver a questão do credor controlador.²⁸⁷

5.5.2.2. Teoria da instrumentalidade

A Doutrina e a jurisprudência americanas desenvolveram uma teoria para tratar do problema que surge da relação de controlo entre a sociedade credora e a sociedade devedora. Esta impõe responsabilidade ao credor pelo facto de este, por via do excessivo endividamento do devedor, deter o controlo absoluto da sociedade financiada. Assim, a doutrina fala em instrumentalidade ou em alter-ego²⁸⁸ para evidenciar a natureza do controlo que é necessário deter para que se possa, desta forma, responsabilizar o credor. Partindo do caso *Krivo Industrial Supply Co. v. National Distillers & Chemical Corp.*²⁸⁹ os tribunais americanos desenvolveram esta teoria de forma a que a sociedade dominante seja responsável pela utilização da sociedade dominada como forma de prosseguir os seus próprios fins²⁹⁰.

Todavia, como refere o tribunal do caso mencionado, o facto de o credor deter um papel ativo na gestão da sociedade devedora não constitui automaticamente controlo. Para

²⁸⁵ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 117.

²⁸⁶ No ordenamento alemão, a existência de uma influência dominante e de uma relação de domínio faz presumir a existência de um grupo conforme os §§ 17 e 18 AktG. Isto permite que as sociedades detentoras de participações maioritárias exerçam uma influência dominante sobre as suas participadas num sentido prejudicial aos interesses destas, desde que tal exercício seja pontual e que os prejuízos deste sejam devidamente compensados. Cfr. José A. Engrácia Antunes, Grupos de Sociedades, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002, pág. 74, nota 103; Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de Grupos de Sociedades, ob. cit., pág. 26.

²⁸⁷ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 118.

²⁸⁸ Cfr. Melissa Cassedy, ob. cit., pág. 186.

²⁸⁹ Para uma análise detalhada do caso cfr. J. Dennis Hynes, ob. cit., pág. 646-649; e Connell Alsup, The Creditor's Two Toughest Battlefields in Lender Liability: The Duty of Good Faith and Its Effect on the Control Liability Theories and the Awarding of Damages, in Detroit College of Law Review, Vol. 1990, Issue 2, 1990, pág. 488-490.

²⁹⁰ Cfr. William H. Lawrence, ob. cit., pág. 1419.

que esta teoria se aplique é necessário que este seja absoluto, constituindo um domínio de tal forma aglutinador sobre a sociedade devedora, ao ponto de não se conseguir reconhecer nesta um interesse distinto da sua financiadora.²⁹¹ Ou seja, o controlo deve revelar uma intensidade tal que o credor domine completamente as finanças, a política societária e a vida corrente da sociedade financiada ao ponto de não se conseguir reconhecer a sua independência nem interesses próprios.²⁹²⁻²⁹³

Deste modo, para ser possível imputar a responsabilidade à sociedade credora, a jurisprudência americana fez da teoria da instrumentalidade uma forma de aplicar a doutrina de “*piercing the corporate veil*”²⁹⁴ ou, como nós conhecemos, do instituto da desconsideração ou levantamento da personalidade jurídica. Esta teoria pode ser uma das formas de ultrapassar as barreiras legais que frisamos aquando da análise dos grupos de facto, e a sua consequente inaplicabilidade ao caso do credor controlador. Com efeito, sempre que se verifique uma instrumentalização do devedor não vemos porque não admitir esta forma de responsabilizar o credor.

Todavia, conforme tem sido bastante desenvolvido na doutrina nacional e estrangeira, o instituto da desconsideração ou levantamento da personalidade jurídica não se tem demonstrado ser um caso de sucesso pelas dificuldades decorrentes da sua aplicação.²⁹⁵ Com efeito, a dificuldade da aplicação do instituto deve-se aos apertados requisitos necessários para a sua aplicação, e à questão da prova. A doutrina tem elencado como pressupostos para aplicação do instituto: o abuso da autonomia pessoal e patrimonial da personalidade coletiva, a existência de um dano, o nexo de causalidade e a última ratio, ou seja o instituto apenas pode ser chamado à colação se os demais mecanismos legais não resolverem a situação de forma razoável.²⁹⁶ Além disto, o ónus da prova recai sobre

²⁹¹ Cfr. J. Dennis Hynes, ob. cit., pág. 647-648.

²⁹² Esta foi a opinião dos tribunais que julgaram o caso *Krivo Industrial Supply Co. v. National Distillers & Chemical Corp.*, os quais não imputaram responsabilidade ao reu sob a égide desta teoria por não se ter feito prova da existência de domínio total. Cfr. J. Dennis Hynes, ob. cit., pág. 648-649.

²⁹³ Cfr. William H. Lawrence, ob. cit., pág. 1419. O autor refere ainda que este tipo de relação não é passível de ser confundido com a de agência, onde ambas as partes conservam as suas identidades, não ocorrendo uma confusão de esferas jurídicas.

²⁹⁴ Cfr. Ibidem, pág. 1419-1420; e Melissa Cassedy, ob. cit., pág. 188, esta autora não utiliza a expressão citada, mas uma semelhante: “*disregard the corporate fiction*”.

²⁹⁵ Cfr. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Reimpressão da edição de 2015, Coimbra, Almedina, 2016, pág.965; Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Grupos de Sociedades*, ob. cit., pág. 274 e ss.

²⁹⁶ Cfr. Pedro Cordeiro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Lisboa, AAFDL, 1989, pág. 71 e ss; Rita Terrível, *O Levantamento da Personalidade Coletiva nos Grupos de Sociedades*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, nº4, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 983 e ss. No que diz respeito à aplicação do instituto nos grupos de sociedades, deve este carácter de

os credores interessados, o que dificulta em muito a aplicação do instituto. Dado que a produção de prova é, para estes, consideravelmente difícil, constatamos a reduzida aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais portugueses.²⁹⁷

Não obstante, o instituto visa permitir a imputação de um dado efeito jurídico para além da própria pessoa coletiva a que respeita²⁹⁸, sendo utilizado, no seio dos grupos de sociedades, para imputar à sociedade-mãe a responsabilidade de atos praticados formalmente pela sociedade-filha mas que lhe sejam imputáveis em virtude do controlo material desta.²⁹⁹

Assim, sendo uma manifestação da doutrina da desconsideração ou do levantamento da personalidade jurídica, procura-se imputar determinados atos a quem realmente é o seu autor, desconsiderando-se quem, na prática, os realizou. Deste modo, havendo aquele altíssimo grau de controlo, a doutrina americana fala em levantamento da personalidade por existir uma situação de injustiça (“*unfairness, injustice, ou inequity*”).³⁰⁰ De forma semelhante, também a nossa doutrina se pronuncia sobre o facto de a desconsideração ou levantamento da personalidade jurídica ser uma manifestação do instituto do abuso do direito previsto no artigo 334.º do CC.³⁰¹

Por fim, constatamos que existe uma enorme limitação desta teoria para resolver o problema do credor controlador. Tal como fomos vendo, a teoria da instrumentalidade ou do alter-ego apenas é aplicável em casos escandalosos de controlo, sendo que isso não cobrirá a maioria dos casos de controlo do credor. Assim, consideramos que a presente teoria terá uma aplicabilidade residual seja por força deste aspeto que acabámos de mencionar, seja por causa da sua difícil aplicação. Deste modo, sendo, como vimos, um instituto de aplicação de última *ratio*, não o concebemos como forma primordial de

excepcionalidade ser enfatizado uma vez que “a interpenetração de esferas das sociedades, a integração económica, financeira, administrativa e de pessoal é normal e lícita no grupo, e não podem fundamentar, por si, o levantamento da personalidade de qualquer das sociedades envolvidas.” Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de Corporate Finance, ob. cit., pág. 258.

²⁹⁷ Sobre a evolução da jurisprudência portuguesa nesta matéria *vide* Diogo Pereira Duarte, Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio - Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 219 e ss; e Diogo Costa Gonçalves, ob. cit., pág. 966-975.

²⁹⁸ António Menezes Cordeiro, O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial, Coimbra, Almedina, 2000, pág. 11.

²⁹⁹ Cfr. José A. Engrácia Antunes, ob. cit., pág. 152, nota 276.

³⁰⁰ Cfr. William H. Lawrence, ob. cit., pág. 1420.

³⁰¹ Cfr. António Menezes Cordeiro, O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial, ob. cit., pág. 147 e ss; Pedro Cordeiro, ob. cit., pág. 116; Diogo Pereira Duarte, ob. cit., pág. 346 e ss; e Rita Terrível, ob. cit., pág. 1006.

resolução da questão em mãos.³⁰² Todavia, não lhe negamos o devido mérito, nem o seu espaço de atuação.

5.5.3. Teoria do administrador de facto

Diferente das considerações que tecemos sobre os grupos de facto, cabe agora analisar a possibilidade de reconduzir o credor beneficiário de um *covenant* (que lhe permita influenciar a sociedade devedora) a um administrador de facto.³⁰³

Reconhecer que certa pessoa, singular ou coletiva, age como administradora de facto de uma dada sociedade é reconhecer que existe o exercício de uma influência intensa e duradoura sobre a administração por quem não é administrador de *jure*.³⁰⁴ Não obstante a necessidade de concretização do conceito caso a caso, considera-se administrador de facto quem, sem título habilitador, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo, funções que a lei atribui aos administradores de sociedades.³⁰⁵

O administrador de facto pode ser qualificado como administrador de facto direto ou indireto. A primeira diz respeito àquela pessoa que decide e trata dos negócios sociais na primeira pessoa, agindo no lugar dos administradores de direito sem qualquer intermediário. Já a administração de facto indireta diz respeito a quem atua indiretamente sobre a administração designada, limitando as escolhas dos administradores de direito através da imposição das suas instruções ou diretrizes.³⁰⁶

De outra forma, Coutinho de Abreu, sintetiza as possibilidades de administração de facto a três casos. O primeiro ocorre quando uma pessoa atua manifestamente como administrador de direito, não contendo, porém, título habilitador (administradores de facto aparentes). No segundo, evidencia-se que uma pessoa que é titular de um cargo não administrativo na sociedade mas que desempenha as funções de gestão com autonomia própria dos administradores de direito (administradores de facto ocultos sob outro título). Por fim, surge uma pessoa sem qualquer cargo ou função na sociedade mas que determina

³⁰² A semelhante conclusão chega também Melissa Cassedy em ob. cit., pág. 189.

³⁰³ Atendendo ao facto de não ser possível, como vimos, conotar a sociedade credora como sociedade dominante, não existindo uma direção económica unitária, impõe-se analisar a possibilidade do credor ser reconduzido à do administrador de facto.

³⁰⁴ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Administração de facto: do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial, in A designação de administradores, Coimbra, Almedina, 2015, pág.228.

³⁰⁵ Cfr. Jorge Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de sociedades, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010, pág.101.

³⁰⁶ Cfr. Ricardo Costa, Responsabilidade civil societária dos administradores de facto, in Temas Societários, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 30.

habitualmente a atuação dos administradores de direito (administradores na sombra ou *shadow directors*).³⁰⁷

Deste modo, é na administração de facto indireta ou na categoria de administradores na sombra que possivelmente podemos enquadrar o nosso credor que, por meio dos *covenants*, influencia a sociedade devedora. Com efeito, este conceito pretende abarcar todas aquelas situações em que alguém, sem aparecer face a terceiros como administrador, controla de facto a administração e a gestão da sociedade mediante o exercício de uma influência decisiva sobre os administradores de direito.³⁰⁸ Efetivamente, é necessário enfatizar a expressão “influência decisiva” dado que a doutrina afirma que “nem toda e qualquer influência, ainda que dominante e duradoura, justifica a qualidade de administrador de facto”.³⁰⁹ De facto, é necessário um certo grau de intensidade que permita afirmar que aqueles que administram materialmente a sociedade não são os administradores legalmente designados mas sim outras pessoas, singulares ou coletivas³¹⁰, que detêm efetivamente o controlo sobre o processo decisório nesta.³¹¹

Assim, a mera emissão de conselhos, de sugestões, de recomendações, ou ainda a supervisão de quem administra não é suficiente para qualificar alguém como *shadow director*³¹². Com efeito, não é administrador de facto o banco que verifica a utilização dos fundos colocados à disposição da sociedade financiada ou o consultor que assessoria a

³⁰⁷ Cfr. Jorge Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de sociedades, ob. cit., pág. 99-101.

³⁰⁸ Cfr. João Santos Cabral, O Administrador de Facto no Ordenamento Jurídico Português, in Revista do CEJ, 2º Semestre, Nº10, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2008, pág. 137.

³⁰⁹ Ana Perestrelo de Oliveira, Administração de Facto, ob. cit., pág. 230.

³¹⁰ Seguindo Ana Perestrelo de Oliveira, faz-se aqui referencia a pessoa singular ou coletiva, uma vez que o BGH e parte da doutrina germânica defendiam que não era possível qualificar uma pessoa coletiva como administradora de facto. Esta opinião baseava-se na obrigatoriedade de o administrador ser uma pessoa singular com capacidade jurídica plena. Todavia, esta proibição pode ser contornada por um conjunto de meios legítimos que em Portugal reconhecemos, a este respeito *vide* Paulo Olavo Cunha, Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas, in Direito das sociedades em revista, Ano 1, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 165 e ss. Assim, negar a possibilidade de qualificar uma pessoa coletiva como administradora de facto consistiria num privilégio inexplicável face ao tratamento dado à pessoa singular que se encontra em posição semelhante. Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Administração de facto, ob. cit., pág. 229-230.

³¹¹ Cfr. Ibidem, pág. 230.

³¹² O *shadow director* corresponde ao, já aludido, administrador na sombra que consiste naquele que permanece na sombra atrás dos outros, os quais aparentam ser os únicos administradores da sociedade (conforme se afirmou no caso *Re Hydrodam (Corby) Ltd*). Esta figura diferenciava-se dos administradores de facto. Todavia, com a decisão do caso *secretary of state for trade and industry v devereux* de 2000 as duas figuras aproximaram-se, sendo possível inclui-las num conceito mais vasto de administração de facto. Sobre esta matéria *vide* João Santos Cabral, ob. cit., pág. 137; Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de Grupos de Sociedades, Coimbra, Almedina, ob. cit., pág. 290 e ss; e Rita Fialho D’Almeida, A Responsabilidade Civil dos Administradores de Facto, in Jurismat, Nº 6, Portimão, Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, 2015, pág. 265 e ss.

sociedade mesmo que se verifique o acatamento dos seus conselhos.³¹³ Por conseguinte, impõe-se fazer um entendimento restritivo que origina a inoperabilidade da qualificação de alguém como administrador de facto sempre que os administradores de direito conservem uma certa margem de liberdade na gestão da sociedade, não obstante a obediência a determinadas políticas ou diretrizes emanadas do credor.³¹⁴

Por conseguinte, não se pode reconduzir os credores controladores a administradores de facto sempre que se verificar um espaço de atuação dos administradores de direito.³¹⁵ Esta solução é também seguida pelos tribunais ingleses, onde, apesar de ser repetidamente discutida a responsabilidade das instituições de crédito como *shadow directors*, é sempre recusada perante o caso concreto.³¹⁶

5.5.4. Teoria das relações fiduciárias

Uma outra forma que a doutrina e os tribunais americanos encontraram para imputar responsabilidade ao credor controlador foi reconhecer que este e o seu devedor eram partes de uma relação fiduciária e, consequentemente, titulares de deveres.³¹⁷

Através da utilização de *covenants*, os credores conseguem, frequentemente, alcançar uma posição de poder similar ou mesmo superior àquela que os acionistas ordinários detêm em virtude do seu *status socii*.³¹⁸ Sendo estes poderes superiores, podemos estar a

³¹³ Cfr. Ricardo Costa, Responsabilidade civil societária dos administradores de facto, ob. cit., pág. 29, nota 4; e João Santos Cabral, ob. cit., pág. 140.

³¹⁴ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Administração de facto, ob. cit., pág. 230.

³¹⁵ Perfilhando esta mesma opinião *vide* os seguintes autores: Ricardo Costa, Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais, Reimpressão da edição de 2014, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 310-315; Ana Perestrelo de Oliveira, Administração de facto, ob. cit., pág. 237; e Diogo Coelho, ob. cit., pág. 809, nota 54.

³¹⁶ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Administração de facto, ob. cit., pág. 237.

³¹⁷ A definição de relações fiduciárias utilizada pelos autores americanos consiste em: “A *relationship in which one person is under a duty to act for the benefit of the other on matters within the scope of the relations. Fiduciary relationships – such as trustee-beneficiary, guardian-ward, agent-principal, and attorney-client – require the highest duty of care. Fiduciary relationships usu. arise in one of four situations: (1) when one person places trust in the faithful integrity of another, who as a result gains superiority or influence over the first, (2) when one person assumes control and responsibility over another, (3) when one person has a duty to act for or give advice to another on matters falling within the scope of the relationship, or (4) when there is a specific relationship that has traditionally been recognized as involving fiduciary duties, as lawyer and client or a stockbroker and a customer.*” Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, 7ª Edição, Minnesota, West Group, 1999, pág. 640.

³¹⁸ Cfr. Jeffrey John Hass, ob. cit., pág. 1348-1349. O autor afirma que este poder pode, tal como o dos acionistas, ter uma vertente interna e uma externa. Internamente, o credor pode deter poder de voto adquirido de uma de três formas: agindo como *trustee* de um *voting trust*, como procurador de uma procuração irrevogável ou como um credor pignoratício de ações com poder de voto (à luz do nosso direito societário, o credor pignoratício pode também deter poder de voto tal como afirma o artigo 23.º n.º 3 e 4 do CSC). Tendo este poder, o credor pode eleger ou destituir administrador ou mesmo ditar o futuro da sociedade devedora. Para além disso, tendo em conta o que acabámos de referir, a posição em que o

falar numa situação em tudo semelhante à do acionista controlador. Este facto levou a jurisprudência a analisar a conduta do credor controlador à semelhança da do acionista controlador, tendo sido ponderado a imposição àquele dos mesmos direitos e deveres.³¹⁹

Todavia, as consequências de se impor uma relação desta natureza devem ser tidas em conta uma vez que a existir uma relação deste género o credor terá que colocar o interesse do devedor à frente do seu, tal como será responsável por todas as obrigações deste.³²⁰ Por outro lado, os tribunais mostram alguma resistência na qualificação da relação credor-devedor como uma relação fiduciária uma vez que esta natureza contradiz as posições que credores e devedores normalmente assumem. Com efeito, a relação que surge entre estes é o resultado de negociações, pelo que obrigar o credor a agir como fiduciário dos interesses da parte oposta nas negociações é ilógico.³²¹

Assim sendo, a doutrina estado-unidense, deparando-se com uma variedade de casos, desenvolveu critérios ou indícios que mostram a possível existência de uma situação de controlo por parte do credor.³²² O primeiro indício afirma que o credor controlador tem que ter financiado a sociedade a um ponto que, se o valor mutuado tivesse sido injetado na sociedade a título de capitais próprios, este seria qualificado como acionista. Já o segundo indício exige que o credor tenha obtido poderes sobre o devedor através do penhor de ações com poder de voto dado em garantia ou através de restrições contidas no contrato.³²³ Para além destes, é exigido que o credor exerça um controlo de tal forma intenso que domine a vontade do devedor.³²⁴ Assim, como conclui Jeffrey John Hass, caso o devedor entre em dificuldades financeiras e sejam evidentes estes indícios, o credor deverá ser tratado como um “*quasi-controlling shareholder*”.³²⁵

credor se encontra permite-lhe também o acesso à informação. A nível externo o credor tem o poder de enviar sinais ao mercado acerca da idoneidade do devedor no cumprimento das suas obrigações.

³¹⁹ Cfr. Connell Alsup, ob. cit., pág. 496, nota 124; e Jeffrey John Hass, ob. cit., pág. 1349-1351. O autor menciona que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Pepper v. Litton*, declarou que o acionista controlador deve agir como detentor de deveres fiduciários em relação à sua sociedade.

³²⁰ Cfr. Melissa Cassedy, ob. cit., pág. 182.

³²¹ Cfr. *Ibidem*, pág. 185.

³²² Para uma análise detalhada dos casos que se debruçaram sobre a qualificação dos credores como detentores de deveres fiduciários *vide* Kenneth W. Curtis, *The Fiduciary Controversy: Injection of Fiduciary Principles into the Bank-Depositor and Bank-Borrower Relationships*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 20, Issue 3, 1987, pág. 795-809.

³²³ Jeffrey John Hass, ob. cit., pág. 1351.

³²⁴ Cfr. Melissa Cassedy, ob. cit., pág. 185; e Joseph W. Bartlett e Philip S. Lapatin, *The Status of a Creditor as a Controlling Person*, in *Mercer Law Review*, Vol. 28, Issue 3, 1977, pág. 655-657.

³²⁵ Cfr. Jeffrey John Hass, ob. cit., pág. 1351-1353; e Melissa Cassedy, ob. cit., pág. 184.

Deste modo, tendo em conta que os defensores desta teoria consideram que os credores controladores são titulares de deveres fiduciários, pode colocar-se a questão de saber qual o alcance destes, ou melhor, qual será o comportamento que o credor deve adotar para cumprir integralmente estes deveres? Com efeito, a jurisprudência estado-unidense estabeleceu que a forma de o acionista controlador cumprir os seus deveres fiduciários passa por pautar a sua atuação pelos ditames da boa-fé, devendo abster-se de prosseguir os seus interesses em detrimento dos da sociedade.³²⁶

Deste modo, quando os deveres fiduciários forem impostos aos credores as suas implicações são claras. Os credores controladores para além de agirem com lealdade, não podem manipular a administração da sociedade devedora, uma vez que isso prejudica os interesses dos acionistas e demais credores. Além disto, toda e qualquer pressão sobre a administração da sociedade devedora deverá ter em mente os melhores interesses desta em detrimento dos da sociedade credora. Assim, tendo em conta os interesses dos acionistas e de outros credores, o credor controlador não pode forçar negócios que aumentem a segurança do seu crédito e não pode pressionar o devedor a tomar medidas que facilitem a recuperação do seu investimento.³²⁷

Em Portugal, Ana Perestrelo de Oliveira, em sentido próximo aos autores estado-unidenses, teorizou a imposição de deveres aos credores controladores tendo-se apoiado em parte da doutrina alemã. Para esta autora, reconhecer deveres de lealdade aos credores controladores paralelos àqueles que vinculam os sócios não só não deve causar estranheza como é coerente com a função destes deveres no controlo da possibilidade de influência de sujeitos capazes de gerar danos para a sociedade. Com efeito, deverá falar-se numa “lealdade orientada pela produção de efeitos”, que imputaria deveres de lealdade aos credores controladores como forma de manifestação da correlação poder-responsabilidade.³²⁸

³²⁶ Cfr. Jeffrey John Hass, ob. cit., pág. 1354-1355.

³²⁷ De forma a exemplificar, o credor não pode compelir o devedor a fazer um aumento de capital ou a alienar ativos patrimoniais com o único propósito de lhe pagar os montantes devidos. Cfr. Ibidem, pág. 1355-1359.

³²⁸ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 123-126. Para a autora, o princípio da correlação poder-responsabilidade é expressão de uma máxima germânica e que tem plena aplicação no Direito societário português. Todavia, esta opinião não é pacífica o que leva a autora a entrar em discussão com Cassiano dos Santos, o qual nega aplicação deste princípio no direito societário português. Cfr. Filipe Cassiano dos Santos, Estruturas Associativas e Participação Societária Capitalística, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 527 e ss, em especial 538-540.

Deste modo, olhando para a relação que se estabelece entre credor controlador e devedor é possível identificar uma ligação especial entre ambos, equivalente à existente entre o acionista controlador e a sociedade controlada, sendo este o fundamento da imposição de deveres de lealdade paralelos. Todavia, não é o simples facto de existir um financiamento que justifica a imposição de tais deveres mas sim a influência adquirida através da inserção de *covenants* no contrato de financiamento.³²⁹

Contudo, esta imposição de deveres não pode ser feita sob a égide de uma relação de confiança, uma vez que esta não existe³³⁰. Apenas é possível falar da imposição de deveres por via da ingerência que a, já mencionada, ligação especial gera. Sendo, além disso, irrelevante se o controlador é ao mesmo tempo sócio ou não.³³¹ Os deveres de lealdade justificam-se, assim, pela possível interferência nos interesses dos sócios, assentando esta na correlação poder-dever como fundamento do critério de reconhecimento de tais deveres.³³² Além disso, não será, segundo a autora, necessário para aplicar tais deveres que exista uma fusão de identidades derivada da capacidade do credor para determinar a obediência do devedor às suas diretrizes. Esta defende que não se “justificaria formular exigências mais apertadas no caso dos credores controladores do que nos casos de controlo em geral”.

Assim, “basta reconhecer que, caso o controlo exigido pelo mutuante seja equiparável ao controlo exigido pelos accionistas, não há como recusar a sujeição de uns e outros a deveres de lealdade equivalentes”.³³³ Na verdade, a autora vai um pouco mais longe admitindo a imputação dos deveres de lealdade aos credores controladores quer na sua vertente negativa, que implica a omissão de atuações danosas, quer na sua componente positiva, devendo o credor prosseguir o fim ou interesse social da sociedade controlada.³³⁴

Em sentido similar, Francisco Pinto da Silva reconhece que os credores (referindo-se aos credores enquanto instituições bancárias) devem ser qualificados como *insiders* sempre que determinem as decisões da administração da sociedade devedora. O exercício deste poder exige a imposição dos deveres do artigo 64.º do CSC por via do artigo 80.º

³²⁹ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, Os credores e o governo societário, ob. cit., pág. 129.

³³⁰ Ana Perestrelo de Oliveira é tributária da opinião de que não é procedente a construção de um modelo de responsabilidade dos credores assente na ideia de confiança, como fundamento, a autora apresenta-nos o exemplo dos modelos de cascatas de crédito para afirmar que esta conceção é insustentável. Cfr. Ibidem, pág. 130.

³³¹ Cfr. Ibidem, pág. 129.

³³² Cfr. Ibidem, pág. 127, nota 73.

³³³ Ibidem, pág. 131.

³³⁴ Cfr. Ibidem, pág. 132-133.

do CSC.³³⁵ Todavia, sempre que não se esteja neste contexto é descabido considerar a sujeição dos credores a tais deveres de cuidado e de lealdade. Com efeito, afirma o autor, a posição que os credores adquirem na empresa por via dos *covenants* aproxima-os mais da posição dos administradores do que à dos sócios. Deste modo, fará sentido a sua sujeição a deveres de cuidado e de lealdade próximos daqueles que vinculam os administradores. Assim, os credores na sua atuação sobre a administração da sociedade devedora deverão ter em conta o interesse desta, abstendo-se de praticar atos que o prejudiquem, ou seja deverão observar a componente negativa do dever de lealdade. Todavia, para este autor, os credores não estão obrigados a prosseguir o interesse social e a tomar decisões que beneficiem os sócios da sociedade devedora em detrimento dos seus.³³⁶ De certo modo, aquilo que os credores não poderão fazer é sobrepor os seus interesses aos da sociedade devedora.³³⁷

A teoria da imposição de deveres fiduciários aos credores controladores e em especial a imposição de deveres de lealdade pode, à primeira vista, ser muito sedutora. Todavia, cumpre tecer algumas observações.

Em primeiro lugar, temos que perceber se a relação acionista-sociedade pode ser considerada análoga à relação credor-sociedade. Na primeira relação, os acionistas associam-se para prosseguirem, através da sociedade, um fim comum, sendo possível afirmar que a sua atuação será conjunta e confluyente, tendo como fim último o lucro e a prosperidade da sociedade. Todavia, os interesses individuais de cada um dos sócios pode entrar em conflito com os da sociedade. Este facto levou a que surgisse a necessidade de impor aos titulares das participações sociais deveres de lealdade de forma a guiar a sua

³³⁵ O autor apoiado na obra de Maria de Fátima Ribeiro, pugna por uma interpretação extensiva do preceito onde caibram também as pessoas que tomem as funções por iniciativa própria, nomeadamente os sócios que as assumam espontaneamente e o mesmo se diga de terceiros. Assim, refere o autor, salvaguardar-se-ia o princípio que estabelece a correlação entre poder e responsabilidade, ao mesmo tempo que também garante o princípio da indelegabilidade e inalienabilidade das competências de administração, contribuindo, desta forma, para uma maior coerência do sistema. Cfr. Francisco Pinto da Silva, ob. cit., pág. 252; e Maria de Fátima Ribeiro, A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Coimbra, Almedina, 2009, pág.469.

³³⁶ Francisco Pinto da Silva menciona que na imposição do dever de lealdade deve ser feita uma distinção naquilo que considera ser um interesse social institucionalista e um interesse social contratualista. Com efeito, o autor segue aqui a doutrina de Coutinho de Abreu que considera não ser possível uma noção unitária de interesse social, uma vez que as relações entre os sócios e a sociedade pautam-se por uma noção de pendor contratualista, ao contrário das relações entre sociedade e administradores em que a persecução do interesse social é feita com um pendor institucionalista. Cfr. Jorge Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial, Das Sociedade, Vol. II, 5ª Edição, Coimbra Almedina, 2016, pág. 266 e ss.

³³⁷ Esta linha de pensamento segue Jeffrey John Hass, ob. cit., pág. 1034, 1355-1356.

conduta, procurando evitar que estes se desviem de uma bitola correta e previsível de atuação.³³⁸

Contrariamente, o credor e a sociedade financiada possuem interesses distintos, sendo que o contrato de financiamento os visa alinhar, estabelecendo, além da prestação e contraprestação, formas de dirimir eventuais litígios na sua execução. Deste modo, parece-nos que a imposição de deveres de lealdade societários aos credores controladores é contrária à relação existente.³³⁹ Efetivamente, não se concebe, no nosso ponto de vista, a ideia de reconduzir a relação credor controlador e devedor como fiduciária³⁴⁰. Esta relação será uma relação jurídica obrigacional em que cada parte age tendo em conta o seu próprio interesse e com o objetivo de obter a mais-valia³⁴¹ que serviu de fundamento à decisão de contratar.³⁴²

Além disso, impor deveres de lealdade na sua vertente positiva, como defende Ana Perestrelo de Oliveira, implicaria que o credor estivesse adstrito à persecução do interesse social da sociedade financiada, o que iria gerar um conflito de deveres. Se de um lado está obrigado a seguir o interesse da sociedade financiada, por outro está vinculado ao

³³⁸ Cfr. António Menezes Cordeiro, A Lealdade no Direito das Sociedades, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol III, Lisboa, 2006, pág. 1055-1056.

³³⁹ Cfr. Daniel R. Fischel, ob. cit., pág. 146-147. O autor advoga ser inapropriado a imposição de deveres fiduciários aos casos típicos de responsabilidade do credor. Este afirma que os deveres fiduciários tutelam as relações de agência em que o agente se obriga a difundir o negócio do principal em nome deste, não sendo esta relação análoga à existente entre um credor e um devedor. Com efeito, a relação resultante entre credor e devedor resulta de intensas discussões onde cada parte age por si própria e não como agentes um do outro. Além disso, mesmo que se aceitasse esta possibilidade haveria sempre o problema de determinar o círculo lícito de atuação do credor, defendendo o autor que estes deveres nunca poderiam limitar certas práticas como os “*bonding mechanisms*”.

³⁴⁰ A doutrina portuguesa que se tem debruçado sobre as relações fiduciárias não é pacífica na sua qualificação, bem como dos negócios fiduciários. Não obstante, a sua *ratio* aponta para uma relação de confiança estabelecida entre as partes por via de um contrato, no qual uma das partes se obriga a agir no âmbito de uma certa posição jurídica. Por outro lado, neste contrato existe uma clara assunção da posição de fiduciário por uma das partes. No nosso caso não se pode afirmar a realidade descrita que resulta de um contrato de mútuo. Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, Deveres Fiduciários de Cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual, in Revista de Direito das Sociedades, Ano VII, Nº 3 e 4, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 617-623; A. Barreto Menezes Cordeiro, Do Trust no Direito Civil, ob. cit., pág. 703 e ss; Manuel Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Reimpressão da Edição de 2004, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 544 e ss; Pedro Pais de Vasconcelos, Em tema de negócio fiduciário, Tese de mestrado em Ciências Jurídicas, Polic., Lisboa, 1985, pág. 5 e ss; e André Figueiredo, O Negócio Fiduciário Perante Terceiros, Reimpressão da edição de 2012, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 31 e ss.

³⁴¹ Mais-valia é aqui entendida como um “jogo de soma positiva” em que as partes só celebram determinado negócio se ambas perspetivarem ganhos. Cfr. Fernando Araújo, Introdução à Economia, Reimpressão da 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 48 e ss.

³⁴² Cfr. António Menezes Cordeiro, A Lealdade no Direito das Sociedades, ob. cit., pág. 1055 e ss ; e José Ferreira Gomes, Conflitos de Interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador, in Conflito de interesses no Direito Societário e Financeiro, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 129. Ambos os autores afirmam que a lealdade dos sócios é-lhes imputada em virtude da participação social da qual são titulares.

seu próprio interesse. Com efeito, sendo esses interesses na maioria das vezes distintos e por vezes antagônicos iríamos, com a consagração desta teoria, criar uma violação de deveres de lealdade inevitável, uma vez que em situações de conflito o credor terá que optar entre seguir o seu interesse ou o da sua financiada.³⁴³ Para além do mais, a inserção de *covenants* nos contratos de financiamento tem, como vimos, a função de proteção dos interesses do credor. Assim estarmos a admitir que este deve prosseguir os interesses do devedor frustraria a *ratio* desta convenção contratual.

Todavia, a vertente negativa do dever de lealdade que obriga o titular do dever a abster-se de praticar atos danosos em relação à sociedade faz sentido. Porém, não cremos que é necessário imputar de deveres de lealdade aos credores controladores por meio de analogia com a situação do acionista controlador e os deveres que o regem. Deste modo, como desenvolveremos mais tarde, a lealdade é um dever acessório que as partes devem cumprir em virtude das relações obrigacionais que estabelecem entre si. Com efeito, sendo a lealdade uma manifestação da boa-fé, esta já decorre do artigo 762.º, nº 2 do CC pelo que o credor já está vinculado a estes deveres.³⁴⁴ Desta forma, com a devida vénia aos defensores desta corrente de pensamento, não lhe reconhecemos qualquer mais-valia quando imputa deveres fiduciários dos acionistas ou dos administradores ao credor controlador uma vez que este já se encontra adstrito a estes em virtude da relação contratual estabelecida entre as partes.

5.5.5. Teoria dos negócios usurários

A presente teoria visa dar resposta aos problemas emergentes da ingerência do credor na sociedade devedora, pugnando pela existência de uma área onde o regime dos negócios usuários pode servir de veículo harmonizador da atuação das partes. Todavia, esta conceção considera que o exercício de renegociação que está na base da incorporação de *covenants* no contrato, como forma de o credor conceder um *waiver* e não relevar certo incumprimento que a ocorrer iria provocar o vencimento antecipado da obrigação, cai no âmbito da autonomia privada das partes, em que ambas obtêm vantagens, sendo que tal atuação não deve ser vedada pelo direito. Mesmo que se trate de um negócio desvantajoso para uma das partes, esta pode preferir celebrá-lo em vez de enfrentar o vencimento antecipado de capital e juros. Assim, de forma a clarificar a posição, o que aqui se defende

³⁴³ Em sentido semelhante cfr. Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 26-29; e Diogo Coelho, ob. cit., pág. 814-816.

³⁴⁴ Cfr. António Menezes Cordeiro, A Lealdade no Direito das Sociedades, ob. cit., pág. 1038.

é submeter ao crivo do regime dos negócios usurários os negócios subsequentes à renegociação que sejam impostos pelo credor ao devedor.³⁴⁵

Com efeito, se o credor determinar a sociedade devedora a celebrar certos contratos explorando intencionalmente a inferioridade económica deste e com isso retirar para si ou para terceiros vantagens injustas ou benefícios excessivos, os defensores desta corrente afirmam que estão reunidas as condições para se aplicar o regime mencionado.³⁴⁶

Deste modo, o primeiro pressuposto consiste na situação de inferioridade do declarante, sendo esta de índole económica, traduzir-se-á num perigo que ameaça a existência económica deste.³⁴⁷ Efetivamente, a celebração de contratos pelo devedor por determinação do credor pode indicar uma situação de inferioridade na medida em que aquele está a submeter-se à vontade deste apenas com o intuito de ver afastada uma possibilidade que o poderia levar à insolvência ou o colocar numa situação financeira muito perto desta.³⁴⁸

O segundo requisito diz respeito à exploração intencional da situação de inferioridade do declarante, ou seja o credor tem que ter noção e conhecimento da situação de inferioridade do devedor.³⁴⁹ No caso *sub judice*, afirmam os defensores da tese, que o credor tem conhecimento da tal situação de inferioridade uma vez que ocorre um

³⁴⁵ Cfr. Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 32-35

³⁴⁶ Cfr. Ibidem, pág. 36.

³⁴⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, ob. cit., pág.492; Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit., pág. 551; Luís Carvalho Fernandes, Teoria Geral do Direito Civil, Volume II, 5ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pág. 245 e ss; José de Oliveira Ascensão, Direito Civil Teoria Geral, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 114; Carlos Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 500; e Pedro Eiró, Do negócio Usurário, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 30.

³⁴⁸ Como refere Pedro Eiró, não é necessário que a situação de necessidade seja real, é suficiente “um mero estado imaginário de necessidade que tenha determinado a declaração negocial, cfr. idem.

³⁴⁹ Cfr. Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit., pág. 552; Luís Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 248-249; José de Oliveira Ascensão, Direito Civil Teoria Geral, ob. cit., pág. 136 e 144; Carlos Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit., pág. 500; e António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, ob. cit., pág.497-498. Todavia, este autor afirma que na versão inicial do código a expressão que figurava em lugar de “explorando” era “aproveitando conscientemente”. Ora o referido autor afirma que a alteração legislativa é “demasiado impressiva para não ter qualquer significado”. Porém, consideramos ser necessária a consciência por parte do autor do vício de que explora a situação de inferioridade do declarante e que isso lhe trás benefícios. Assim, este elemento tem uma natureza subjetiva que o aproxima dos vícios na formação da vontade. Na verdade, a jurisprudência portuguesa prescreve como requisito a exploração intencional da situação de inferioridade do declarante nos acórdãos do STJ de 27/01/1987 (Joaquim Figueiredo) in BMJ N°363, pág.486; STJ 27-04-2006 (URBANO DIAS) in <http://goo.gl/b10B5w>; da RGm de 24/03/2004 (Vieira e Cunha) in <http://goo.gl/R742nw>; e da RC, 20/11/2012 (Albertina Pedroso) in <http://goo.gl/SzT7gv>.

incumprimento contratual e, caso não existisse essa fragilidade económica, o devedor não aceitaria a imposição de *covenants*.³⁵⁰

Por fim, o terceiro requisito, que consiste num requisito objetivo, exige que o usurário alcance para si ou para terceiros a promessa ou concessão de benefícios excessivos ou injustificados. Para além disso, a doutrina afirma que deve ser feita uma verificação casuística para determinar se essas mais-valias realmente existem, e, por outro lado, também deve ser determinada a existência de um prejuízo para aquele que se encontra numa situação de inferioridade.³⁵¹ A existência de um benefício excessivo decorre da quebra do equilíbrio das prestações de tal maneira que exceda os limites da normalidade, não existindo para tal qualquer motivo que o justifique.³⁵² Com efeito, mesmo as prestações que aparentam ser desequilibradas podem, ainda assim, ser justas. Deste modo, todos os fatores externos, bem como todos os condicionalismos inerentes à situação em concreto deverão ser atentamente esmiuçados antes de se concluir pela existência de prestações que demonstrem um desequilíbrio excessivo que imponham a tutela do regime dos artigos 282.º e seguintes do CC.³⁵³

Afirmando-se tributário desta posição, Diogo Coelho vai, contudo, um pouco mais longe. O Autor afirma que o regime dos negócios usurários deve ser não só aplicado aos eventuais negócios jurídicos que resultem da influência adquirida pelo credor com a renegociação do contrato, mas também ao próprio contrato que resulte da renegociação. Assim, refere o autor, deverão passar pelo crivo deste instituto todas as matérias e conteúdos que sejam alvo da renegociação, como, por exemplo, a constituição de novas garantias com outros agentes de mercado, a renegociação de taxas de juro, a distribuição de dividendos, alterações na estrutura da sociedade e na composição dos órgãos sociais, bem como o acesso a maior volume de informações da sociedade devedora.³⁵⁴ Desta forma, o mencionado autor considera “que deve ser feito um juízo global sobre o novo acordo resultante da eventual renegociação, e, dentro de um sistema móvel no que diz

³⁵⁰ Cfr. Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 37.

³⁵¹ Cfr. Pedro Eiró, ob. cit., pag.58 e ss; António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Vol. II, ob. cit., pág.498-499; Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit., pág. 550-551; Luís Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 247-248; e Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 38

³⁵² Sobre o conceito de benefício excessivo a jurisprudência portuguesa tem afirmado que para que “ (...) haja um desequilíbrio entre as respectivas prestações que exceda os limites normais dos padrões típicos de valor vigentes no mercado e que não haja uma causa justificativa atendível para esse desequilíbrio (...)” vide acórdãos do STJ 27-04-2006 (URBANO DIAS) e da RL 13-07-2010 (Maria do Rosário Barbosa) in <http://goo.gl/y7XwCk>.

³⁵³ Cfr. Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 38.

³⁵⁴ Cfr. Diogo Coelho, ob. cit., pág. 831-832.

respeito à verificação do vários requisitos do regime dos negócios usurários, apurar se se encontram preenchidos os seus pressupostos.”³⁵⁵

Em nossa opinião, e como abaixo desenvolveremos, consideramos que a presente teoria é fértil de sentido jurídico uma vez que se apresenta como uma forma eficaz de controlar a influência que o credor pode adquirir por via da negociação dos *covenants*. Assim, o facto de caber às partes a arguição da anulabilidade do negócio ou a sua modificação, permite-lhes restabelecer o equilíbrio contratual tendo em conta os seus interesses. Todavia, defendemos a modificabilidade do negócio segundo juízos de equidade como a forma primordial para resolver possíveis litígios tendo em conta os interesses das partes, permitindo, desta forma, a criação de soluções eficientes para os interesses contraditórios, sendo esta uma manifestação do princípio *favor negotii*.³⁵⁶

Contudo, temos algumas reticências relativamente ao facto de considerar usurário o negócio resultante da renegociação como defende Diogo Coelho. Sendo este negócio nascido da autonomia privada em que ambas as partes o celebram em virtude de anteverem benefícios (em relação ao devedor estes são óbvios e passam por evitar que o credor antecipe o pagamento da obrigação e assim enfrentar uma situação difícil ou mesmo a insolvência; já em relação ao credor, este pode também querer manter o contrato por lhe ser mais vantajoso não acionar a cláusula que lhe permite o vencimento antecipado, por exemplo a *cross default*) não faz sentido, na maioria das vezes, afirmar que existe aproveitamento ilícito de uma das partes sobre a outra. Não negando que esta tese tenha aplicabilidade, apenas somos da opinião que na maior parte dos casos não será reconhecido no contrato emanado da renegociação qualquer problema relacionado com a usura.

5.5.6. Teoria da primazia do contrato e da boa-fé

Esta teoria entende que a forma de encarar o problema das condutas abusivas do credor deve passar pelo reconhecimento da primazia do contrato, uma vez que as partes, através deste, declararam qual a forma mais vantajosa para regular os seus interesses, tendo em conta o princípio da autonomia privada. Assim, por um lado, apenas poderia ser considerado oportunista um comportamento que violasse esse mesmo contrato. Por outro,

³⁵⁵ Ibidem, pág. 832.

³⁵⁶ Também neste sentido, Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit., pág. 553; e Diogo Coelho, ob. cit., pág. 833.

o recurso à boa-fé serviria como forma de impedir que uma das partes retirasse vantagens abusivas por meio de lacunas contratuais.³⁵⁷

Todavia, o defensor desta teoria afirma que o recurso à boa-fé nunca poderia impedir que as partes possam utilizar as faculdades conferidas pelo próprio contrato uma vez que, a existir tal impossibilidade as vantagens decorrentes da inserção de *covenants* aos contratos de mútuo deixariam de existir, dado que os credores saberiam que o uso destas poderiam ser geradores de responsabilidade por comportamentos oportunistas.³⁵⁸

No entanto, não podemos concordar com esta tese uma vez que o seu defensor olha para a boa-fé de forma restritiva. Com efeito, a boa-fé deve ser encarada como um elemento auxiliar da interpretação do contrato como se confirma no artigo 762.º, nº 2 do CC³⁵⁹ e, para além disso, como forma de impor deveres às partes, nomeadamente os deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade.³⁶⁰ Estes, contrariamente ao que defende a tese em análise, são também imputados às partes nas relações contratuais duradouras³⁶¹, de forma a não frustrar a forte relação de confiança e de colaboração que deve vigorar entre estas, pressupondo uma aplicação mais intensa do princípio da boa-fé e dos deveres acessórios.³⁶²

5.5.7. Posição adotada

O grande problema que surge da inclusão de *covenants* num contrato de financiamento é o de o credor poder, desta forma, adquirir uma posição de extrema relevância no governo societário da sociedade financiada. Fala-se, com efeito, em credor controlador para evidenciar a situação de poder por este detida. Como vimos, os *covenants* têm como objetivo prever contratualmente futuras dificuldades que poderão resultar da execução de um contrato já celebrado e que foi incumprido pelo devedor. Este, para evitar o vencimento antecipado ou a resolução do contrato faz cedências ao credor.

³⁵⁷ Cfr. Daniel R. Fischel, ob. cit., pág. 140; e Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 30.

³⁵⁸ Cfr. Daniel R. Fischel, ob. cit., pág. 140-142. O autor defende ainda que os tribunais devem ter em atenção aquando da interpretação de um contrato à luz dos deveres da boa-fé. Este afirma que uma aplicação extensiva desses deveres de forma a controlar comportamentos oportunistas do credor pode enfraquecer ou criar debilidades na relação mutuante-mutuário, podendo mesmo impedir que este último obtenha termos contratuais mais favoráveis. Para demonstrar que os tribunais devem ter em atenção este problema o autor analisa com detalhe os casos *K.M.C. Co. v. Irving Trust Co.* e *State National Bank of El Paso v. Farah Manufacturing Co.*, vide págs. 142-146.

³⁵⁹ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Da Boa-fé no Direito Civil*, 6ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 586-592.

³⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, pág. 603 e ss.

³⁶¹ Cfr. Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 30

³⁶² Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit., pág. 123.

Se, como já determinámos, estes acordos caem no âmbito da autonomia privada das partes, não merecendo qualquer desvalor jurídico, o foco recai sobre as formas de evitar que o credor abuse das vantagens cedidas pelo devedor. Com este propósito fomos analisando as várias posições que surgiram ao longo dos anos, cabendo agora tomar posição sobre a forma mais eficiente de tratar do problema do credor controlador, não obstante o facto de já termos deixado antever a nossa concordância com a teoria dos negócios usurários.

Concretamente, quanto à celebração dos *covenants* podemos dizer que não é pelo facto de ser desvantajoso para uma das partes que estes deixarão de ser possíveis, caso contrário podemos pôr em causa a liberdade de celebração e de estipulação que decorre da autonomia privada. Ora, o que se impõe é que o desequilíbrio seja “esclarecido e livremente querido por quem o sofra”³⁶³ Já em relação ao problema que surge do exercício dos direitos que o credor adquire por via da adição de *covenants* nos contratos a resposta apresenta-se mais complexa. Da análise feita, aquela teoria que mais nos seduziu e que quase nos convenceu foi a da imposição de deveres de lealdade ao credor nos mesmos moldes que são imputados ao sócio controlador. Todavia, dissemos que não era necessário fazer este exercício de analogia uma vez que os deveres de lealdade, máxime, os deveres de boa-fé já pautam a conduta das partes por força do artigo 762.º, nº2.

De facto, olhando para a ratio do artigo, os deveres acessórios têm como objetivo de impor a ambas as partes a obrigação de agirem de acordo com parâmetros de correção e colaboração recíprocas de forma a permitir a plena satisfação dos interesses do credor, mas evitando sacrifícios excessivos a qualquer uma destas.³⁶⁴ Ora, proceder de acordo com a boa-fé traduz-se na adstrição imposta pelo dever social de agir com lealdade, correção, diligência, probidade e lisura.³⁶⁵ Desta enumeração de deveres deve reconhecer-se que a boa-fé não é “um requisito de conteúdo fixo, uniforme, predeterminado, invariável, mas, muito pelo contrário, é uma exigência de conteúdo variável ou flexível, adequado às circunstâncias” do caso concreto.³⁶⁶ Não obstante, não se pode afirmar que o apelo que a lei faz à boa-fé consiste numa remissão genérica para “critérios casuísticos, para o sentimento de equidade ou para o prudente arbítrio do julgador”. De facto, o que

³⁶³ António Menezes Cordeiro, Da Boa-fé no Direito Civil, ob. Cit., pág. 651.

³⁶⁴ Cfr. António Menezes Cordeiro, A Lealdade no Direito das Sociedades, ob. cit., pág. 1038; Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol. II, ob. cit., pág. 138; e acórdão da RGm de 30 de Maio de 2013 (Helena Melo) disponível em: <http://goo.gl/GSZdo9>.

³⁶⁵ Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., pág. 4; e Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 995.

³⁶⁶ Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., pág. 4-5; e Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 995

está em causa é determinar, olhando para o contexto legal e convencional de onde surge a obrigação, os “critérios gerais objetivos decorrentes do dever de leal cooperação” entre as partes, de forma a permitir ao credor satisfazer por inteiro os seus interesses, impondo o menor sacrifício possível ao devedor.³⁶⁷

Em boa verdade, os deveres acessórios de lealdade impõem que as partes, durante a execução contratual, se abstenham de praticar condutas que possam inviabilizar o objetivo do contrato ou que desequilibrem “o jogo das prestações” por estas convencionadas.³⁶⁸ Assim, qualquer abuso que o credor faça das premissas ou direitos que o contrato lhe atribui pode consubstanciar uma violação dos deveres acessórios impostos pela boa-fé dado que a referência para este instituto tem o intuito de “temperar uma interpretação e um desempenho estritos ou abusivos da relação obrigacional”.³⁶⁹ Porém, esta violação não legitima o recurso a uma ação de cumprimento tal prevista no artigo 817.º, mas pode gerar uma situação de responsabilidade civil no caso de esta violação gerar um dano ao devedor que careça de ser ressarcido por via deste instituto.³⁷⁰

Questão diferente diz respeito aos casos em que o credor utiliza a sua influência junto da sociedade devedora como forma de a determinar a celebrar negócios jurídicos, explorando intencionalmente a inferioridade económica daquele e com isso retirar para si ou para terceiros vantagens injustas ou benefícios excessivos. Tal como argumenta Raquel Capa de Brito³⁷¹, acreditamos que estão reunidas as condições para se aplicar o regime dos negócios usurários, previsto no artigo 282.º e ss do CC.

Ora repare-se, vimos que para ser possível aplicar o regime mencionado é necessário preencher três pressupostos. O primeiro destes exige que o credor explore a situação de inferioridade do devedor, sendo esta de cariz económico, traduzir-se-á num perigo que ameaça a existência económica deste. Assim, sabendo que o credor só acata as diretrizes do credor com o intuito de ver afastada uma possível antecipação ou resolução contratual que o poderia levar à insolvência ou o colocar numa situação financeira muito perto desta, parece-nos claro que pode existir aqui a exploração de uma situação de inferioridade por parte do credor. Já o segundo requisito diz respeito à exploração intencional da situação

³⁶⁷ Cfr. João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Reimpressão da 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 13; e Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, ob. cit., pág. 139.

³⁶⁸ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Da Boa-fé no Direito Civil*, ob. cit., pág. 606; e acórdão da RPt de 20 junho de 2016 (Manuel Domingos Fernandes) disponível em: <http://goo.gl/dBI2TF>.

³⁶⁹ Mário Júlio Almeida Costa, ob. cit., pág. 996.

³⁷⁰ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, ob. cit., pág. 139.

³⁷¹ Cfr. Raquel Capa de Brito, ob. cit., pág. 32-39.

de inferioridade do declarante, que nos parece estar preenchido dado que o credor tem pleno conhecimento que ocorreu um incumprimento contratual e, caso não existisse essa fragilidade económica, o devedor não aceitaria a imposição de *covenants* e, consequentemente, os negócios impostos pelo credor. Por fim, o terceiro requisito, de natureza objetiva, exige que o usurário obtenha para si ou para terceiros a promessa ou concessão de benefícios excessivos ou injustificados. Ora, sendo necessária, como mencionámos, uma verificação casuística deste pressuposto, impõe-se apenas dizer que se o benefício que o credor ou o terceiro retirar do contrato ultrapassar “os limites da normalidade” ou se for manifestamente excessivo temos a verificação deste pressuposto.

Em suma, defendemos a aplicação do regime dos negócios usurários sempre que a situação em concreto demonstre que o credor, explorando intencionalmente a inferioridade económica do devedor o leve a celebrar contratos e que esses contenham a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados. Não obstante, frisamos que qualquer dos pressupostos tem que ser avaliado casuisticamente, uma vez que não se pode determinar, em abstrato, que todos os negócios celebrados pelo devedor por determinação do credor consubstanciem uma situação abusiva que o instituto dos negócios usurários visa impedir. Fora destes casos, defendemos que as partes devem exercer os direitos a si atribuídos pelo contrato com respeito pelos deveres acessórios da boa-fé previstos no artigo 762.º, nº 2 do CC.

CONCLUSÃO

Nascida da necessidade do comércio internacional e alicerçada na autonomia privada, a cláusula de *cross default* consiste numa importante ferramenta ao dispor dos bancos e demais mutuantes que pretendem ver a sua situação reforçada face à garantia geral das obrigações, sem ter, no entanto, que recorrer às dispendiosas garantias reais. Com efeito, tendo como objetivo garantir a *par conditio creditorum*, esta cláusula funcionará também como meio compulsório de cumprimento dado o poder de coação que o credor pode exercer sobre o devedor em virtude do efeito dominó que já referimos. Fala-se, deste modo, de um “estimulante à atuação zelosa do devedor”.³⁷²

Por outro lado, vimos que o facto de a cláusula reforçar a posição dos credores face à garantia geral das obrigações levanta o problema de a reconduzir a um tipo de garantias das obrigações. Assim, não sendo possível qualificá-la como garantia pessoal ou real, afirmámos que esta se trata de uma garantia especial atípica. Não obstante o facto de não ter sido consagrada tradicionalmente como uma garantia e o facto de ter eficácia meramente obrigacional, a verdade é que esta cláusula representa uma forma de o credor ver a sua posição reforçada face aos demais credores que não são beneficiários de uma garantia especial.

A diversidade de contornos e de efeitos que a cláusula foi tendo ao longo dos anos impôs a necessidade de abordar a questão da sua admissibilidade perante os cânones jurídicos nacionais. Com esse intuito, identificámos que a cláusula de *cross default* pode consubstanciar uma cláusula de vencimento antecipado ou uma cláusula resolutiva expressa. Sobre a primeira, afirmámos que o artigo 780.º do CC não contém um *numerus clausus* sobre as possíveis formas de exigibilidade antecipada. Com efeito, o referido artigo consagra hipóteses que visam garantir uma tutela mínima ao interesse do credor na preservação do património do devedor, apresentando uma função de garantia. Assim, esta função fundamenta a consagração convencional de outros casos de exigibilidade antecipada como é o caso da *cross default*. Todavia, as partes podem querer convencionar que esta represente uma cláusula resolutiva expressa e isso é possível uma vez que é o próprio artigo 432.º do CC que o prevê. Desta forma, as partes convencionam o poder de resolver o contrato se ocorrer um determinado facto previsto no contrato. A valoração desse facto subtrai uma eventual apreciação do juiz dado que este não pode ignorar que

³⁷² Joana Pereira Dias, ob. cit., pág. 1014.

foram as partes que valoraram previamente a gravidade do incumprimento, cabendo-lhe um mero controlo de legalidade. Contudo, as partes não podem estipular que todo e qualquer incumprimento pode servir para acionar a *cross default*, devendo apenas ser valorados os factos que sejam significantes na economia do contrato.

Após o reconhecimento da licitude da cláusula de *cross default*, reconhecemos igualmente a sua compatibilidade com o regime das Cláusulas Contratuais Gerais, em que defendemos a sua total aplicabilidade às relações entre comerciantes mas relativamente às relações com consumidores, fomos mais cautelosos. Com efeito, a inserção da cláusula de *cross default* num contrato com consumidores carece de uma análise casuística de forma a determinar se cai ou não na alçada do artigo 22.º, nº 1, al. b) da LCCG. Assim, pode existir a necessidade de tutelar a posição do aderente de forma a impedir que o predisponente abuse da sua supremacia económica.

Todavia, existindo um incumprimento da cláusula, o credor pode ter todo o interesse em não relevar o incumprimento, abdicando do seu poder de antecipar ou resolver o contrato por intermédio de um *waiver*. Porém, este, na grande maioria das vezes, não vai querer conceder o *waiver* de forma gratuita ou sem nenhuma contrapartida, o que leva a que negocie a inclusão de *covenants*.

Estes *covenants*, que têm como objetivo possibilitar ao credor a proteção dos seus interesses, consistem numa forma de prever contratualmente a ingerência do credor na sociedade do devedor, limitando a atuação desta. Constituindo premissas positivas ou negativas, estes podem incluir limitações ao nível do endividamento da sociedade, restrições ao pagamento de dividendos, bem como limitações à faculdade da sociedade dispor dos seus ativos ou de proceder a mudanças relevantes no seu objeto comercial. Porém, se de um lado a inclusão destas cláusulas serve para diminuir o risco de comportamentos potencialmente nocivos para os interesses do credor, por outro, origina uma relação de especial proximidade. A sua existência faz com que, como vimos, o credor possa ser qualificado como credor controlador.

Todavia, sendo estes acordos lícitos na sua configuração típica deve ser feita uma avaliação casuística da sua licitude uma vez que existe a necessidade de tutelar o devedor e os seus interesses contra as possíveis investidas abusivas do credor. Deste modo, defendemos que as partes devem agir de acordo com a boa-fé durante a execução do contrato por imposição do artigo 762.º, nº2. Com efeito, o credor deve observar os ditames

impostos por este princípio e, portanto, agir de forma leal com o seu devedor. Este dever de lealdade deriva dos deveres acessórios da boa-fé e impõe que o credor se abstenha de praticar condutas que possam inviabilizar o objetivo do contrato ou que perturbem o equilíbrio deste. Desta forma, qualquer abuso dos direitos conferidos pelo contrato por parte do credor pode consubstanciar uma violação dos deveres acessórios impostos pela boa-fé e, gerando um dano, pode resultar numa ação de responsabilidade civil.

Por outro lado, sempre que o credor utilizar a influência conferida pelos *covenants* para determinar que o devedor celebre negócios jurídicos, de forma a explorar intencionalmente a sua inferioridade económica e com isso retirar para si ou para terceiros vantagens injustas ou benefícios excessivos que ultrapassem os limites da normalidade, acreditamos que é possível aplicar o regime dos negócios usurários previstos no artigo 282.º e ss do CC. A aplicação deste regime permite dar a possibilidade ao devedor de requerer a anulação ou a modificação do negócio jurídico se entender que existe uma divergência entre a sua vontade e a declaração negocial.

Por último, gostaríamos de salientar a importância destas matérias e a necessidade de uma discussão alargada na doutrina, pelo que, nestas poucas páginas, esperamos ter dado um contributo positivo para a evolução da ciência do Direito.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Coutinho de, Curso de Direito Comercial, Das Sociedade, Vol. II, 5ª Edição, Coimbra Almedina, 2016.

Abreu, Jorge Coutinho de, Responsabilidade Civil dos Administradores de sociedades, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010.

Agarwal, Vinod k., Negotiation and Drafting Clauses in Loan Agreements: Events of Default, Document N° 15, UNITAR, 2001, disponível em: <https://www.unitar.org/pft/sites/unitar.org/pft/files/DocSeries15.pdf>

Almeida, Carlos Ferreira de, Contratos IV, Coimbra, Almedina, 2014.

Almeida, Carlos Ferreira de, Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1992.

Alsup, Connell, The Creditor's Two Toughest Battlefields in Lender Liability: The Duty of Good Faith and Its Effect on the Control Liability Theories and the Awarding of Damages, in Detroit College of Law Review, Vol. 1990, Issue 2, 1990.

Altunbas, Yener, Blaise Gadanecz e Alper Kara, Syndicated Loans, A Hybrid of Relationship Lending and Publicly Traded Debt, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2006.

Antunes, Ana Filipa Morais, Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

Antunes, José A. Engrácia, Grupos de Sociedades, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002

Araújo, Fernando, Introdução à Economia, Reimpressão da 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014.

Ascensão, José de Oliveira, Direito Civil Teoria Geral, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

- Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-fé, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 2000.

Baird, Douglas G., e Rasmussen, Robert K., Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance, in University of Pennsylvania Law Review, Vol. 154, Issue 5, 2006.

Barrocas, Manuel Pereira, A estrutura contratual anglo-saxónica versus direito civil. Um caso típico da diferença, in Revista da ordem dos advogados, Ano 56, Lisboa, 1996.

Bartlett, Joseph W., e Lapatin, Philip S., The Status of a Creditor as a Controlling Person, in Mercer Law Review, Vol. 28, Issue 3, 1977.

Benjamin, Joanna, Financial Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Blumberg, Phillip I., The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups, in Connecticut Law Review, Vol. 37, 2005.

Borders, James R., The Growth of Lender Liability: An Economic Perspective, in Georgia Law Review, Vol. 21, Issue 3, 1987.

Botelho, João, Cláusulas Contratuais Gerais, Lisboa, Livraria Petrony Editores, 2010.

Bradley, Michael, e Roberts, Michael R., The Structure and Pricing of Corporate Debt Covenants in Quarterly Journal of Finance, Vol. 5, Nº 2, 2015, disponível em: <http://www.worldscientific.com/doi/pdf/10.1142/S2010139215500019>

Bratton, William W., Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process, in European Business Organization Law Review, Forthcoming; Georgetown Law and Economics Research, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=902910>

Brealey, Richard A., e Myers, Stewart C., Principles of corporate finance, 4ª Edição, Nova Iorque, McGraw-Hill, 1991.

Brito, Raquel Capa de, A Ingerência do Credor Controlador no Governo Societário – Consequências e mecanismos de restabelecimento do equilíbrio entre as partes, 2011, disponível em: http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15694/1/Tese_Raquel_Brito.pdf

Buchheit, Lee C., Apocalypse tomorrow?, in International financial law review, Março, 1992.

Buchheit, Lee C., How to negotiate cross-default clauses, International Financial Law Review, Agosto, 1993.

Butler Jr., James R., Is Lender Liability Now Absolute Liability?, in Western State University Law Review, Vol. 15, Issue 2, 1988.

Cabral, João Santos, O Administrador de Facto no Ordenamento Jurídico Português, in Revista do CEJ, 2º Semestre, Nº10, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2008.

Câmara, Paulo, O Regime Jurídico das Obrigações e a Proteção dos Credores Obrigacionistas, in Direito dos Valores Mobiliários, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

Clark, Keith e Taylor, Andrew, Events of Default in Eurocurrency loan agreements, in International Financial Law review, Setembro 1982.

Coelho, Diogo, Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada aos Covenants na responsabilidade dos Credores-Financiadores, in Revista de Direito das Sociedades, Ano VII, Números 3 e 4, Coimbra, Almedina, 2015.

Coleman, Ebo, Cross-default confusion, in International Financial Law Review, April 1997.

Cordeiro, A. Barreto Menezes Cordeiro, Do Trust no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 2014

- Deveres Fiduciários de Cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual, in Revista de Direito das Sociedades, Ano VII, Nº 3 e 4, Coimbra, Almedina, 2015.
- Negative Pledge: um estudo comparatístico, O Direito, Ano 142.º, III, Coimbra, Almedina, 2010.

Cordeiro, António Menezes, Da Boa-fé no Direito Civil, 6ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015.

- A Lealdade no Direito das Sociedades, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol III, Lisboa, 2006.
- Direito Bancário, Reimpressão da 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015.
- O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial, Coimbra, Almedina, 2000.
- Tratado de Direito Civil, Vol. II, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014.
- Tratado de Direito Civil, Vol. IX, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.
- Tratado de Direito Civil, Vol. X, Coimbra, Almedina, 2015.

Cordeiro, Pedro, A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais, Lisboa, AAFDL, 1989.

Costa, Mário Júlio Almeida, Direito das obrigações, Reimpressão da 12.^a Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2014.

Costa, Mário Júlio de Almeida e António Menezes Cordeiro, Cláusulas Contratuais Gerais, Coimbra, Almedina, 1995.

Costa, Ricardo, Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais, Reimpressão da edição de 2014, Coimbra, Almedina, 2016.

- Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto, in Temas Societários, Coimbra, Almedina, 2006.

Cunha, Paulo Olavo, Designação de Pessoas Colectivas para os Órgãos de Sociedades Anónimas e por Quotas, in Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2009.

Cunha, Paulo, Da Garantia nas Obrigações, lições compiladas por Eudoro Pamplona Côte-Real, Vol.I, Lisboa, polic., 1938-1939.

- Da Garantia nas Obrigações, Lições compiladas por Eudoro Pamplona Côte-Real, Vol.II, Lisboa, polic., 1938-1939.
- Direito das obrigações, Tomo II, Lisboa, Imprensa Baroeth, 1938.

Curtis, Kenneth W., The Fiduciary Controversy: Injection of Fiduciary Principles into the Bank-Depositor and Bank-Borrower Relationships, in Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 20, Issue 3, 1987.

D'Almeida, Rita Fialho, A Responsabilidade Civil dos Administradores de Facto, in Jurismat, Nº 6, Portimão, Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, 2015.

Dalhuisen, Jan H., Dalhuisen on international commercial, financial and trade law, Oregon, Hart Publishing, 2000.

Dias, Joana Pereira, Contributo para o Estudo dos Actuais paradigmas das Cláusulas de Garantia e/ou Segurança: a Pari Passu, a Negative Pledge e a Cross Default, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, volume IV, Coimbra, Almedina, 2003.

Domingues, Paulo de Tarso, anotação ao artigo 294.º do CSC, in Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. V, Coimbra, Almedina, 2012.

Domke, Martin, International loans and the conflict of laws, Londres, Sweet & Maxwell, 1937. (C03-163)

Duarte, Diogo Pereira, Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio - Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Coimbra, Almedina, 2007.

Eiró, Pedro, Do negócio Usurário, Coimbra, Almedina, 1990.

Fernandes, Luís Carvalho, Teoria Geral do Direito Civil, Volume II, 5ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.

Ferreira, Bruno, Contratos de crédito bancários e exigibilidade antecipada, Coimbra, Almedina, 2011.

Ferreira, Manuel Ataíde, e Rodrigues, Luís Silveira, Cláusulas Contratuais Gerais, anotações ao diploma, Lisboa, DECO, 2011.

Figueiredo, André, O Negócio Fiduciário Perante Terceiros, Reimpressão da edição de 2012, Coimbra, Almedina, 2014.

Fischel, Daniel R., The Economics of Lender Liability, in Yale Law Journal, Vol. 99, Issue 1, 1989.

Frada, Manuel Carneiro da, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Reimpressão da Edição de 2004, Coimbra, Almedina, 2016.

Garner, Bryan A., Black's Law Dictionary, 7ª Edição, Minnesota, West Group, 1999.

Gomes, José Ferreira, Da Administração à Fiscalização de Sociedades, Coimbra, Almedina, 2015.

- Conflitos de Interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu acccionista controlador, in Conflito de interesses no Direito Societário e Financeiro, Coimbra, Almedina, 2010.

Gomes, M. Januário da Costa, Assunção Fidejussória de Dívida, Coimbra, Almedina, 2000.

- Contratos Comerciais, Reimpressão da edição de 2012, Coimbra, Almedina, 2013.

Gonçalves, Diogo Costa, Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais, Reimpressão da edição de 2015, Coimbra, Almedina, 2016.

Gorman, Patrick, Lenders' Liability in events of default, in Law and Financial Markets Review, Setembro de 2008.

Gruber, Joachim, Cross-default clauses in finance contracts, in International Business Law Journal, Vol. 1997, Issue 5, 1997.

Harner, Michelle M., The Corporate Governance and Public Policy Implications of Activist Distressed Debt Investing, in Fordham Law Review, Vol. 77, Issue 2, 2008.

Hass, Jeffrey John, Insights Into Lender Liability: An Argument for Treating Controlling Creditors as Controlling Shareholders, in University of Pennsylvania Law Review, Vol. 135, Issue 5, 1987.

Henriques, Sérgio Coimbra, Cláusulas de Garantia e Segurança. Entre a autonomia da vontade e o dever de cumprir, in Revista de Direito das Sociedades, Ano VI, Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2014.

Hynes, J. Dennis, Lender Liability: The Dilemma of the Controlling Creditor, Tennessee Law Review, Vol. 58, Issue 4, 1991.

Jensen, Michael C., e Meckling, William H., Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=94043>

Jorge, Fernando Pessoa, A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais, Estudos comemorativos do XX Aniversário, Vol. I, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1983.

- Direito das Obrigações, Lisboa, AAFDL, 1975/76

Justo, A. Santos, Direito Privado Romano, vol. II, STVDIA IVRIDICA 76, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

Kaser, Max, Direito Privado Romano, 2ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

Koch, James P., Bankruptcy Planning for the Secured Lender, in Banking Law Journal, Vol. 99, Issue 9, 1982.

Kruft, Stephen R., Cross-Default Provisions in Financing and Derivatives Transactions, in Banking Law Journal, Vol. 113, Issue 3, 1996, pp. 216-240.

Lawrence, William H., Lender Control Liability: An Analytical Model Illustrated with Applications to the Relational Theory of Secured Financing, in Southern California Law Review, Vol. 62, Issue 5, 1989.

Leitão, Luís Menezes, Direito das Obrigações, vol. I, 13.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

- Direito das Obrigações, vol. II, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.
- Garantias das Obrigações, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012.

Lima, Pires de, e Varela Antunes, Código Civil - Anotado - Volume II, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010.

Lourenço, Paula Meira A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação, disponível em:

http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf

Lourenço, Paula Meira, A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, Coimbra, Almedina, 2006.

Machado, João Baptista, Pressupostos da Resolução por Incumprimento, in Obra Dispersa, Vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991.

Martinez, Pedro Romano Da cessação do contrato, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2015.

Martinez, Pedro Romano e Ponte, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006.

McKnight, Andrew, The Law of International Finance, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Melissa, Cassidy, The Doctrine of Lender Liability, in University of Florida Law Review, Vol. 40, Issue 1, 1988.

Monteiro, António Pinto, Contrato de Agência – Anotação, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010.

- Contratos de Adesão/ Cláusulas Contratuais Gerais, in Estudos de Direito do Consumidor, Nº3, Coimbra, Centro de Estudos de Direito do Consumo, 2001.

Mugasha, Agasha, The Law of Multi-Bank Finance, Syndicated Loans and the Secondary Loan Market, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Muris, Timothy J., Opportunistic Behavior and the Law of Contracts, in Minnesota Law Review, Vol. 65, Issue 4, 1981.

Oliveira, Ana Perestrelo de, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade - Por um Critério Unitário de Solução do "Conflito do Grupo", Coimbra, Almedina, 2012.

- Administração de Facto: do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial, in A designação de Administradores, Coimbra, Almedina, 2015.
- Manual de Corporate Finance, Reimpressão da 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015.
- Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?, in Revista de Direito das Sociedades, Ano I, Numero 1, Coimbra, Almedina, 2009.
- Manual de Grupos de Sociedades, Coimbra, Almedina, 2016.

Oliveira, Nuno Manuel Pinto, Princípios de direito dos contratos, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

Pinto, Carlos Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

- Contratos de Adesão, Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XX, Coimbra, 1973.

Prata, Ana, Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, Coimbra, Almedina, 2010.

Proença, José Carlos Brandão, Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

Ribeiro, Joaquim de Sousa, O Problema do Contrato - As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual, Coimbra, Almedina, 1999.

Ribeiro, Maria de Fátima, A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Coimbra, Almedina, 2009.

Sá, Almeno de, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas, Reimpressão da 2.^a Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2005.

Sanchez, John E., Symposium: Lender Liability – Introduction, in Western State University Law Review, Vol. 15, Issue 2, 1988.

Santos, Filipe Cassiano dos, Estruturas Associativas e Participação Societária Capitalística, Coimbra, Almedina, 2006.

Schmidt, Klaus M., The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection, disponível em : <http://www.et.econ.uni-muenchen.de/personen/professor/schmidt/publikationen/papers/creditorprotect.pdf>

Silva, Francisco Pinto da, A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade, in Direito das Sociedades em Revista, Vol. 12, Coimbra, Almedina, 2014.

Silva, João Calvão da, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, Coimbra, Almedina, 1987.

– Direito Bancário, Coimbra, Almedina, 2001.

Telles, Inocêncio Galvão, Direito das Obrigações, Reimpressão da 7.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

Terrível, Rita, O Levantamento da Personalidade Coletiva nos Grupos de Sociedades, in Revista de Direito das Sociedades, Ano IV, nº4, Coimbra, Almedina, 2012.

Varela, João Antunes, Das Obrigações em Geral, Vol. II, Reimpressão da 7.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2015.

Vasconcelos, L. Miguel Pestana de, Direito das Garantias, Reimpressão da 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

- Direito de retenção, par conditio creditorum, justiça material, In: Cadernos de direito privado. - Braga, p. 5-17. - nº41 (Jan.-Mar. 2013).

Vasconcelos, Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, 8.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2015.

- Em tema de negócio fiduciário, Tese de mestrado em Ciências Jurídicas, Polic., Lisboa, 1985.

Vicente, Dário Moura Direito comparado, volume I, reimpressão da 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2015.

Wine, James C., Lender Liability under Iowa Law, in Drake Law Review, Vol. 39, Issue 3, 1989-1990.

Wood, Philip R., The Law of Subordinated Debt, Londres, Sweet & Maxwell, 1990.

- Law and Practice of International Finance, International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, Vol. 3, 2.^a Edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2007.

JURISPRUDÊNCIA

Portugal

Supremo Tribunal de Justiça

STJ 27-Jan.-1987 (Joaquim Figueiredo).

STJ acórdão uniformizador nº7/2009, 25-Mar.-2009 (Cardoso de Albuquerque)

STJ 27-Abr.-2006 (Urbano Dias)

STJ 10-Mai.-2007 (João Bernardo)

STJ 19-Nov.-2009 (Serra Baptista)

STJ 12-Mar.-2013 (Alves Velho)

STJ 05-Fev.-2015 (Salazar Casanova)

STJ 17-Nov.-2015 (Fernandes do Vale)

Tribunal da Relação de Coimbra

RCb 20-Nov.-2012 (Albertina Pedroso)

Tribunal da Relação de Guimarães

RGm 24-Mar.-2004 (Vieira e Cunha)

RGm 30-Mai.-2013 (Helena Melo)

Tribunal da Relação de Lisboa

RLx 13-Jul.-2010 (Maria do Rosário Barbosa)

RLx 12-Jul.-2012 (Maria do Rosário Morgado)

RLx 18-Out.-2012 (Maria Manuel Gomes)

RLx 16-Mai.-2013 (Catarina Arêlo Manso)

RLx 11-Fev.-2014 (Rosa Ribeiro Coelho)

RLx 23-Out.-2014 (Eduardo Oliveira Azevedo)

RLx 24-Fev.-2015 (Isabel Fonseca)

Tribunal da Relação do Porto

RPt 29-Jun.-2015 (Ana Paula Amorim)

RPt 20-Jun.-2016 (Manuel Domingos Fernandes)

Estados Unidos da América

Pepper v. Litton 308 U.S. 295, 306 (1939)

Krivo Industrial Supply Co. v. National Distillers & Chemical Corp. 483 F.2d 1098 (5th Cir. 1973)

State National Bank of El Paso v. Farah Manufacturing Co. 678 S.W.2d 661 (Tex Cir. App.,1984)

K.M.C. Co. v. Irving Trust Co. 757 F.2d 752, 759 (6th Cir. 1985).